حاشية

قرة عيون الأخيار

تكملة

رد المحتار على الدر المختار

شرح تنوير الأبصار

لسيدي محمد علاء الدين أفندي

نجل المؤلف

دراسة وتحقيق وتعليق

الشيخ عادل أحمد عبد الموجود — الشيخ علي محمد معوض

الجزء الثاني عشر

يحتوي على الكتب التالية

تتمة كتاب الدعوى - الإقرار - الصلح - المضاربة

الإيداع - العارية - الهبة

دار عالم الكتب

للطباعة والنشر والتوزيع

الرياض

طبعة خاصة

١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م

طبعت هذه الطبعة بموافقة خاصة من

دار الكتب العلمية

رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت - هاتف وفاكس: ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٣٧٨٥٤٢ (١ ٩٦١)
صندوق بريد: ١١-٩٤٢٤ بيروت - لبنان

«مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خيراً يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ».
(حديث شريف)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بَابُ دَعْوَى الرَّجُلَيْنِ

(تقدم حجة خارج في ملك مطلق).

باب دعوى الرجلين

لا يخفى عليك أن عقد الباب لدعوى الرجلين على ثالث، وإلا فجميع الدعاوى لا تكون إلا بين اثنين، وحينئذ لا تكون هذه المسألة من مسائل هذا الكتاب، فلذلك ذكره صاحب الهداية والكنز في أوائل كتاب الدعوى. وقلت: ولعل صاحب الغرر إنما أخرها إلى هنا للمقام مقتفياً في ذلك أثر صاحب الوقاية، لتحقق مناسبة بينها وبين مسائل هذا الباب بحيث تكون فاتحة لمسائله وإن لم تكن منه: عزمي. قوله: (تقدم حجة خارج) هو الذي لم يكن ذا يد والخارج المدعي؛ لأنه خارج عن يده فأسند إلى المدعي تجوزاً، وإنما قدمت بينة الخارج؛ لأن الخارج هو المدعي والبينة بينة المدعي بالحديث، وفيه خلاف الشافعي وإنما كان الخارج مدعياً لصدق تعريفه عليه. قوله: (في ملك مطلق) أي ملك المال، بخلاف ملك النكاح فإن ذا اليد مقدم ولو بلا برهان ما لم يسبق تاريخ الخارج كما سيأتي، وقيد الملك بالمطلق احترازاً عن المقيد بدعوى النتاج، وعن المقيد بما إذا ادعيا تلقي الملك من واحد وأحدهما قابض، وبما إذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق، فإن في هذه الصور تقبل بينة ذي اليد بالإجماع كما سيأتي. درر: أي ولا يلزم انتقاض مقتضى القسمة لأن قبول بينة ذي اليد إنما هو من حيث ما ادعى من زيادة النتاج وغيره، فهو مدع من تلك الجهة، والمراد بالقبض التلقي من شخص مخصوص مع قبضه، فلا يرد ما قيل كون المدعي في يد القابض أمر معاين لا يدعيه ذو اليد فضلاً عن إقامة البينة عليه وقبولها بالإجماع.

فإن قلت: هل يجب على الخارج اليمين لكونه إذ ذاك مدعى عليه؟

قلت: لا؛ لأن اليمين إنما يجب عند عجز المدعي عن البينة، وهنا لم يعجز كما في العناية.

أورد عليه بأن مراد السائل هل يجب على الخارج اليمين عند عجز ذي اليد عن البينة؟ وإلا فلا شبهة لسؤاله أصلاً اهـ. يريد به أن الجواب لم يدفع السؤال بل هو باق، ولم يتصد للجواب عنه.

أي لم يذكر له سبب كما مر(على حجة ذي اليد وإن وقت أحدهما فقط) وقال أبو

أقول: الظاهر أن يجب اليمين على الخارج عند عجز ذي اليد عن بينة فيما إذا ادعى الزيادة؛ لأنه مدّعٍ بالنسبة إليها، ولهذا لزم عليه البرهان، فيكون المدعي مدعى عليه بالنسبة إليها فيلزم عليه اليمين عند العجز عن البرهان، وبينة المدعي لم تحمل ما لم تسلم من دفع ذي اليد إذ هو معارض لها، ودعوى ذي اليد لم تسقط بعجزه عن البرهان عليها، بل تتوجه اليمين على من كان في مقابله كما هو شأن الدعوى، فيحلف على عدم العلم بتلك الزيادة، فإن حلف يحكم للمدعي ببينته لكونها سالمة عن المعارض، وإن نكل يكون مقراً أو باذلاً فيمنع ويبقى المدعى في يد ذي اليد. نعم لا يجبر الخارج على الجواب عن دعوى ذي اليد لو ترك دعواه لعدم كونه ما يدي، لا لقصور في كون ذي اليد مدعياً فيما ادعاه كما توهمه صاحب التكملة، هذا هو التحقيق تدبر. عبد الحليم قوله: (أي لم يذكر له سبب) أي معين، أو مقيد بتاريخ كما سيأتي، وكذا لو ذكر له سبب يتكرر، فإن ذكر له سبب لا يتكرر قدم بينة ذي اليد كما يأتي أيضاً، ومن هذا القبيل ما في منية المفتي: أقاما بينة على عبد في يد رجل أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما: أي لأن المودع بالجحود يصير غاصباً.

قال في جامع الفصولين: الخارج وذو اليد لو ادعيا إرثاً من واحد فذو اليد أولى كما في الشراء، هذا إذا ادعى الخارج وذو اليد تلقي الملك من جهة واحدة، فلو ادعيا من جهة اثنين يحكم للخارج، إلا إذا سبق تاريخ ذي اليد؛ بخلاف ما لو ادعياه من واحد فإنه هنا يقضي لذي اليد، إلا إذا سبق تاريخ الخارج. والفرق في النهاية: ولو كان تاريخ أحدهما أسبق فهو أولى؛ كما لو حضر البائعان وبرهنا وأرّخا وأحدهما أسبق تاريخاً والمبيع في يد أحدهما يحكم للأسبق اهـ من الثامن، وتمامه فيه.

وفي الأشباه قبيل الوكالة: إذا برهن الخارج وذو اليد على نسب صغير قدم ذو اليد إلا في مسألتين في الخزانة.

الأولى: لو برهن الخارج على أنه ابنه من امرأته هذه وهما حران وأقام ذو اليد بينة أنه ابنه ولم ينسبه إلى أمه فهو للخارج.

الثانية: لو كان ذو اليد ذمياً والخارج مسلماً فبرهن الذمي بشهود من الكفار وبرهن الخارج قدم الخارج سواء برهن بمسلمين أو بكفار، ولو برهن الكافر بمسلمين قدم على المسلم مطلقاً اهـ. قوله: (وإن وقت أحدهما فقط)، «إن» وصلية ومقتضاها العموم: أي إن لم يوقتا أو وقتا متساوياً أو مختلفاً أو وقت أحدهما وعليه مؤاخذة، وهو أنه إذا وقتا واختلف تاريخهما فالعبرة للسابق منهما على ما تقدّم، لأن للتاريخ عبرة في دعوى الملك المطلق إذا كان من الطرفين عند أبي حنيفة، ووافقاه في رواية، وخالفاه في أخرى، فكان عليه أن يقول

يوسف. ذو الوقت أحق، وثمرته فيما لو (قال) في دعواه (هذا العبد لي غاب عني منذ شهر وقال ذو اليد لي منذ سنة قضي للمدعي) لأن ما ذكره تاريخ غيبة لا ملك فلم يجد التاريخ من الطرفين فقضى ببينة الخارج. وقال أبو يوسف: يقضى للمؤرخ

إن لم يوقتا أو وقتا وأحدهما مساو للآخر أو وقت أحدهما فقط. قال في الغرر: حجة الخارج في الملك المطلق أولى، إلا إذا أرخا وذو اليد أسبق قوله: (وقال أبو يوسف: ذو الوقت أحق) أي فيما لو وقت أحدهما فقط؛ لأن التاريخ من أحد الطرفين معتبر عنده.

والحاصل: أن الخارج في الملك المطلق أولى، إلا إذا أرخ وذو اليد أسبق. قوله: (وثمرته) أي ثمرة الخلاف المعلوم من المقام. قوله: (هذا العبد لي) تقدمت المسألة متنا قبيل «السلم». قوله: (تاريخ غيبة) أي غيبة العبد عن يده؛ لأن قوله: (منذ شهر) متعلق بغاب فهو قيد للغيبة. قوله: (منذ سنة) متعلق بما تعلق به. قوله: (لي) أي ملك لي منذ سنة فهو قيد للملك وتاريخه، والمعتبر تاريخ الملك ولم يوجد من الطرفين. قوله: (فلم يوجد التاريخ) أي تاريخ الملك. قوله: (من الطرفين) بل وجد من طرف ذي اليد والتاريخ حالة الانفراد لا يعتبر عند الإمام، فكان دعوى صاحب اليد دعوى مطلق الملك كدعوى الخارج فيقضي ببينة الخارج. قوله: (وقال أبو يوسف) أي فيما لو وقت أحدهما فقط. قوله: (ولو حالة الانفراد) أي قال أبو يوسف: يقضى للمؤرخ سواء أرخا معا[1] وكذا لو أرخا حالة الانفراد؛ لأن التاريخ حالة الانفراد معتبر عنده، والحكم فيما لو أرخا معاً أولى بالحكم حالة الانفراد لأنه متفق عليه، والثاني مذهبه فقط كما هي القاعدة في «لو» الوصلية: أي الحكم في المقدر قبلها أولى بالحكم مما بعدها، والمراد بما إذا أرخا معاً سبق تاريخ أحدهما. أما لو استوى تاريخهما فهو كما لو لم يؤرخا لتساقطهما، والفقهاء يطلقون العبارة عند ظهور المعنى، وحينئذ فقول بعض المحشين: الأولى إسقاط «لو» لأن الكلام في حالة الانفراد، وكلامه يتحمل أنه يقضي للمؤرخ حال صدور التاريخ منهما. وفي حالة الانفراد ولا معنى للقضاء للمؤرخ فيما إذا أرخا لتحققه منهما بل القضاء للسابق المعتبر لازم؛ لأن إعمال الكلام أولى من إهماله. قوله: (كذا في جامع الفصولين) حيث قال استحق حماراً فطلب ثمنه من بائعه فقال البائع المستحق من كم مدة غاب عنك هذا الحمار؟ فقال: منذ سنة، فبرهن البائع أنه ملكه منذ عشر سنين نقضي به للمستحق لأنه أرخ غيبته لا الملك والبائع أرخ الملك ودعواه دعوى المشتري لتلقيه من جهته، فصار كأن المشتري ادعى ملك بائعه بتاريخ عشر سنين، غير أن التاريخ لا يعتبر حالة الانفراد عند أبي حنيفة، فبقي دعوى الملك المطلق فحكم للمستحق.

أقول: يقضى بها للمؤرخ عند أبي يوسف؛ لأنه يرجح المؤرخ حالة الانفراد اهـ

---

(1) في ط «قوله سواء أرخا معاً الخ» مكتفة بالأصل، ولعل الظاهر أو أرخا حالة الانفراد

ولو حالة الانفراد، وينبغي أن يفتى لأنه أوفق وأظهر. كذا في جامع الفصولين.
وأقره المصنف (ولو برهن خارجان على شيء)

ملخصاً. قوله: (وأقره المصنف) وناقشه الخير الرملي بأن صاحب الفصولين ذكره في الفصل الثامن عشر، وقدم في الثامن الصحيح المشهور عن الإمام أنه لا عبرة للتاريخ في الملك المطلق حالة الانفراد، وحاصله أن صاحب الفصولين في الثامن في دعوى الخارجين نقل أن الصحيح المشهور عن الإمام عدم اعتباره حالة الانفراد وفي الثامن عشر في الاستحقاق قال: ينبغي أن يفتى بقول أبي يوسف من اعتباره لأنه أوفق وأظهر، وما ذكره الفقيه في بابه أولى بالاعتبار، وهو ما ذكره في الثامن، ولا سيما أنه نقله جازماً به وأقره، والثاني في غير بابه وعبر عنه بينبغي مع ما قالوا أنه يفتى بقول الإمام قطعاً، ولا سيما إذا كان معه غيره كما هنا فإنه وافقه محمد. تأمل. قوله: (ولو برهن خارجان على شيء) يعني: إذا ادعى اثنان عيناً في يد غيرهما وزعم كل واحد منهما أنها ملكه ولم يذكرا سبب الملك ولا تاريخه تقضى بالعين بينهما لعدم الأولوية، وأطلقه فشمل ما إذا ادعيا الوقف في يد ثالث فيقضي بالعقار نصفين لكل وقف النصف، وهو من قبيل دعوى الملك المطلق باعتبار ملك الواقف، ولهذا قال في القنية: دار في يد رجل أقام عليه رجل بينة أنها وقف عليه وأقام قيم المسجد بينة أنها وقف المسجد: فإن أرخا فهي للسابق منهما، وإن لم يؤرخا فهي بينهما نصفين اهـ. ولا فرق في ذلك بين أن يدعي ذو اليد الملك فيها أو الوقف على جهة أخرى.

مَطْلَب: دَعْوَى الْوَقْفِ مِنْ قَبِيلِ دَعْوَى الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ

والحاصل: أن دعوى الوقف من قبيل دعوى الملك المطلق، ولهذا لو ادعى وقفية ما في يد آخر وبرهن فدفعه ذو اليد بأنه مودع فلان ونحوه وبرهن فإنها تندفع خصومة المدعي كما في الإسعاف، فدعوى الوقف داخل في المسألة المخمسة، وكما تقسم الدار بين الوقفين كذلك لو برهن كل على أن الواقف جعل له الغلة ولا مرجح فإنها تكون بينهما نصفين، لما في الإسعاف من باب إقرار الصحيح بأرض في يده أنها وقف: لو شهد اثنان على إقرار رجل بأن أرضه وقف على زيد ونسله وشهد آخران على إقراره بأنها وقف على عمرو ونسله تكون وقفاً على الأسبق وقتاً إن علم، وإن لم يعلم أو ذكروا وقتاً واحداً تكون الغلة بين الفريقين أنصافاً، ومن مات من ولد زيد فنصيبه لمن بقي منهم، وكذلك حكم أولاد عمرو. وإذا انقرض أحد الفريقين رجعت إلى الفريق الباقي لزوال المزاحم اهـ. وقيد بالبرهان منهما؛ إذ لو برهن أحدهما فقط فإنه يقضى له بالكل، فلو برهن الخارج الآخر يقضى له بالكل؛ لأن المقضي له صار ذا يد بالقضاء له، وإن لم تكن العين في يده حقيقة فتقدم بينة الخارج الآخر عليه، ولو لم يبرهنا حلف صاحب اليد، فإن حلف لهما تترك في يده قضاء ترك لا قضاء استحقاق، حتى لو أقاما البينة بعد ذلك يقضى بها،

قضي به لهما ، فإن برهنا في) دعوى (نكاح سقطا) لتعذر الجمع لو حية، ولو ميتة قضي به بينهما، وعلى كل نصف المهر،

وإن نكل لهما جميعاً يقضي به بينهما نصفين، ثم بعده إذا أقام صاحب اليد البينة أنه ملكه لا تقبل، وكذا إذا ادعى أحد المستحقين على صاحبه وأقام بينة أنها ملكه لا تقبل لكونه صار مقضياً عليه. بحر. لكن قدمنا عن الأشباه أنها تسمع الدعوى بعد القضاء بالنكول كما في الخانية، ونقلنا عن محشيها الحموي ما يخالف ما ذكر من أن المدعى عليه لو نكل عن اليمين للمدعي وقضي عليه بالنكول ثم إن المقضي عليه أقام البينة أن كان اشترى هذا المدعي من المدعي قبل دعواه لا تقبل هذه البينة، إلا أن يشهد أنه كان اشتراه منه بعد القضاء، وقدمنا أنه كما يصح الدفع قبل البرهان يصح بعد إقامته أيضاً، وكذا يصح قبل الحكم كما يصح بعده، ودفع الدفع ودفعه وإن كثر صحيح في المختار. ولعل ما مشى عليه صاحب البحر هنا مبني على القول الآخر المقابل للقول المختار. تأمل. قوله: (قضي به لهما) لما روي عن أبي موسى «أَنَّ رَجُلَيْنِ ادَّعَيَا بَعِيراً عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَبَعَثَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِشَاهِدَيْنِ، فَقَسَمَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ» رواه أبو داود، ولأن البينات من حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن، وقد أمكن هنا، لأن الأيدي قد تتوالى في عين واحدة في أوقات مختلفة، فيعتمد كل فريق ما شاهد من السبب المطلق للشهادة وهو اليد فيحكم بالتنصيف بينهما. وتمامه في الزيلعي. قوله: (فإن برهنا في دعوى نكاح) أي معاً لأنه لو برهن مدعي نكاحها وقضي له به ثم برهن الآخر على نكاحها لا يقبل، كما في الشراء إذا ادعاه من فلان وبرهن عليه وحكم له به ثم ادعى آخر شراءه من فلان أيضاً لا تقبل، ويجعل الشراء المحكوم به سابقاً، ولا وجه للترجيح، فالأولى الإتيان بإلا الاستثنائية. قوله: (سقطا) لتعذر القضاء بهما، فلو أحدهما خارجاً والآخر ذا يد فالخارج أحق قياساً على الملك، وقيل ذو اليد أولى على كل حال، ويأتي تمامه قريباً إن شاء الله تعالى. قوله: (لتعذر الجمع) أي اجتماع الزوجين على زوجة واحدة فإنه متعذر شرعاً، لأن النكاح لا يقبل الاشتراك فتتهاتر البينتان ويفرق القاضي بينهما حيث لا مرجح، وإن كان ذلك قبل الدخول فلا شيء على كل واحد منهما كما في البحر. قوله: (لو حية) أي هذا الحكم كما ذكر لو حية، ولو ميتة قضي به أي بالنكاح بينهما سواء أرخا واستوى تاريخهما أو أرخ أحدهما فقط أو لم يؤرخا، وفائدة القضاء تظهر فيما يترتب عليه، ولا يلزم جمع على وجه لأنه حينئذ دعوى مال وهو الميراث، أو دعوى نسب، ويمكن ثبوته منهما كما هو المعروف في المذهب، وسيأتي في باب دعوى النسب أنها لو ادعت نسب مجهول كان ابنهما بتصديقه، وهنا ثبوت الفراش يقوم مقام التصديق. قوله: (وعلى كل نصف المهر) ولو مات قبل الدخول، لأن الموت متمم للمهر.

ويرثان ميراث زوج واحد ولو ولدت يثبت النسب منهما. وتمامه في الخلاصة (وهي لمن صدقته

فإن قلت: كل منهما مدعي الزوجية معترف بأن عليه المهر كاملاً فينبغي أن يلزمه ذلك المسمى إن أثبت تسميته، وإلا فمهر المثل. فالجواب أنه لما قضى بدعوى غيره في النصف صار مكذباً شرعاً بالنسبة إلى نصف المهر فوجب عليه النصف فقط. قوله: (ويرثان ميراث زوج واحد) لأنه داخل تحت أول المسألة، فإن كلاً منهما يدعي الميراث كاملاً فينصف بينهما. قوله: (ولو ولدت) أي الميتة قبل الموت، وظاهر العبارة أنها ولدت بعده، ولكن لينظر هل يقال له ولادة؟ استظهر بعض الفضلاء عدم اتصاف الميتة بالولادة الحقيقية، وأن المراد بالولادة انفصال الولد منها بنفسه أو غيره من الأحياء. قوله: (يثبت النسب منهما) أي لو ادعيا بعد الموت أنها كانت زوجة لهما قبل الولادة أو ولدت بعد الموت وقد ادعى كل منهما أنها زوجته. قوله: (وتمامه في الخلاصة) وهو أنهما يرثان منه ميراث أب واحد ويرث من كل منهما ميراث ابن كامل. منح. وما لو كان[1] ليرهانان بلا تاريخ أو بتاريخ مستو أو من أحدهما كما في الخلاصة.

وفي المنية: ولا يعتبر فيه الإقرار واليد، فإن سبق تاريخ أحدهما يقضى له، ولو ادعيا نكاحها وبرهنا ولا مرجح ثم ماتا فلها نصف المهر ونصف الميراث من كل منهما، ولو ماتت قبل الدخول فعلى كل واحد منهما نصف المسمى؛ ولو مات أحدهما فقالت هو الأول لها المهر والميراث. مقدسي عن الظهيرية. قوله: (وهي لمن صدقته) أي إن لم يسبق تاريخ الآخر، لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجع إلى تصديقها، إلا إذا كانت في بيت أحدهما أو دخل بها أحدهما فيكون هو أولى، ولا يعتبر قولها لأن تمكنه من نقلها أو من الدخول بها دليل على سبق عقده، إلا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله فيكون هو أولى، لأن الصريح يفوق الدلالة. زيلعي.

وفي البحر عن الظهيرية: لو دخل بها أحدهما وهي في بيت الآخر فصاحب البيت أولى، وأطلق في التصديق فشمل ما إذا سمعه القاضي أو برهن عليه مدعيه بعد إنكارها له.

قال في التبيين: حاصله أنهما إذا تنازعا في امرأة وأقاما البينة. فإن أرخا وكان تاريخ أحدهما أقدم كان أولى، وإن لم يؤرخا أو استوى تاريخهما: فإن كان مع أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها إلى منزله كان أولى، وإن لم يوجد شيء من ذلك يرجع إلى تصديق المرأة.

وفي البحر: والحاصل أن سبق التاريخ أرجح من الكل، ثم اليد، ثم الدخول، ثم الإقرار، ثم ذو التاريخ اهـ.

---

(1) في ط (قوله وما لو كان فلم) هكذا بالأصل.

إذا لم تكن في يد من كذبته ولم يكن دخل) من كذبته **(بها)** هذا إذا لم يؤرخا **(فإن أرخا فالسابق أحق بها)** فلو أرخ أحدهما فهي لمن صدقته أو لذي اليد. بزازيه.

قلت: وعلى ما مر عن الثاني ينبغي اعتبار تاريخ أحدهما. ولو أقر من بيده على

ثم اعلم أن بعضهم عبر بإقرارها وبعضهم بتصديقها. فالظاهر أنهما سواء هنا، ولكن فرقوا بينهما فقال الرملي في باب اللعان: فإن أبت حبست حتى تلاعن أو تصدقه. وفي بعض نسخ القدوري: أو تصدقه فتحد، وهو غلط لأن الحد لا يجب بالإقرار مرة، وهو لا يجب بالتصديق أربع مرات، لأن التصديق ليس بإقرار قصداً لكنه إقرار ضمناً، فلا يعتبر في حق وجوب الحد، ويعتبر في درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد اهـ. وتقدم في حد القذف أنه لو قال لرجل يا زاني فقال له غيره صدقت حد المبتدئ دون المصدق، ولو قال صدقت هو كما قلت فهو قاذف أيضاً اهـ. وإنما وجب في الثانية للعموم في كاف التشبيه لا للتصديق، فعلم بهذا أن الحد لا يجب بالتصديق.

قال في البزازية: قال لي عليك كذا فقال صدقت يلزمه إذا لم يقل على وجه الاستهزاء ويعرف ذلك بالنغمة اهـ. فهو صريح فيما ذكرنا.

وأقول: لو اختلفا في كونه صدر على وجه الاستهزاء أم لا فالقول لمنكر الاستهزاء بيمينه، والظاهر أنه على نفي العلم لا على فعل الغير. تأمل.

وفي شرح أدب القضاء: وإن شهدا عليه فقال بعد ما شهدا عليه: الذي شهد به فلان عني هو الحق ألزمه القاضي ولم يسأل عن الآخر لأن هذا إقرار منه، وإن قال قبل أن يشهدا عليه: الذي يشهد به فلان علي حق أو هو الحق فلما شهدا قال للقاضي سل عنهما فإنهما شهدا علي بباطل وما كنت أظنهما يشهدان لم يلزمه ويسأل عنهما لأنه إقرار معلق بخطر فلا يصح اهـ. قوله: **(إذا لم تكن في يد من كذبته)** فلو وجد أحدهما لا يعتبر قولها كما علمت. قوله: **(ولم يكن دخل من كذبته بها)** لأن الدخول صار ذا يد، وذلك دليل سبق عقده ظناً بالمسلم خيراً وحملاً لأمره على الصلاح، ولأهل الذمة ما لنا في المعاملات. قوله: **(هذا إذا لم يؤرخا)** مثل عدم التاريخ منهما إذا أرخا تاريخاً مستوياً أو أرخ أحدهما. مصر. قوله: **(فالسابق أحق بها)** أي وإن صدقت الآخر أو كان ذا يد أو دخل بها لأنه لا يعتبر مع السبق وضع يد ولا دخول لكونه صريحاً وهو يفوق الدلالة كما علمت. قوله: **(فهي لمن صدقته)** إن لم يكن لأحدهما يد أي أو دخول. قوله: **(أو لذي اليد)** أي إن كانت يد، ولا يعتبر تصديق معه: أي إن أرخ أحدهما وللآخر يد فإنها لذي اليد. قوله: **(وعلى ما مر عن الثاني)** أي من أنه يقضي للمؤرخ حالة الانفراد على ذي اليد فيقضي هنا للمؤرخ، وإن كان الآخر ذا يد لترجيح جانب المؤرخ حالة الانفراد عند أبي يوسف، وقدمنا عن الزيلعي أنه لو برهن أنه تزوجها قبله فهو أولى، وسيأتي متناً. قوله: **(ولو أقر من بيده على**

هذا فتأمل (وإن أقرت لمن لا حجة له فهي له، وإن برهن الآخر قضي له، ولو برهن أحدهما وقضي له ثم برهن الآخر لم يقض له إلا إذا ثبت سبقه) لأن البرهان مع التاريخ أقوى منه بدونه (كما لم يقض ببرهان خارج على ذي يد ظهر نكاحه، إلا

هذا) ذكره في البحر بحثاً حيث قال: فالحاصل كما في البزازية أنه لا يترجح أحدهما إلا بسبق التاريخ أو باليد أو بإقرارها بدخول أحدهما اهـ. وكان ينبغي أن يزيد أو بتاريخ من أحدهما فقط كما علمته اهـ. ولعل وجه عدم التنبيه أنهما إذا أرخ أحدهما وللآخر يد فاليد دليل على العقد والتاريخ ليس بدليل عليه. قوله: (فتأمل) أي هل يجري قوله هنا ويعتبر التاريخ من جانب واحد أو لا يعتبر احتياطاً في أمر الفروج، والذي يظهر الثاني فراجعه. قوله: (وإن أقرت) أي المرأة لمن لا حجة له فهي له لما عرفت من أن النكاح يثبت بتصادق الزوجين. قوله: (وإن برهن الآخر) أي بعد الحكم للأول بموجب الإقرار، والأولى أن يقول: فإن لم تقم حجة فهي لمن أقرت له، ثم إن برهن الآخر قضي له. قوله: (قضي له) لأنه أقوى من التصادق، لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ويثبت في حق الكل، بخلاف الإقرار فإنه حجة قاصرة يثبت في حق المقر فقط، فإقرارها إنما نفذ عليها لا على من أقام البرهان على أنها زوجته، وإنما قلنا في حق الكل لأن القضاء لا يكون على الكافة إلا في القضاء بالحرية والنسب والولاء والنكاح، ولكن في النكاح شرط هو أن لا يؤرخا، فإن أرخ المحكوم له ثم ادعاها آخر بتاريخ أسبق فإنه يقضي له ويبطل القضاء الأول، ويشترك ذلك أيضاً في الحرية الأصلية كما في البحر. وقوله: (ولكن في النكاح الخ): أي القضاء في النكاح إنما يكون على الكافة إذا لم يؤرخا، ويحمل على ما إذا ترجحت بينته بمرجح آخر غير التاريخ كالقبض والتصديق، وإلا فلا يتصور القضاء له لاستوائهما في عدم التاريخ. قوله: (لم يقض له) لتأكد الأول بالقضاء. قوله: (إلا إذا ثبت سبقه) أي سبق الخارج بالتاريخ بأن أرخ الأول تاريخاً مع البرهان وأرخ الثاني تاريخاً سابقاً وأقام البرهان فإنه يقدم.

قال المقدسي: ونظيره الشراء من زيد لو حكم به ثم ادعاه آخر من زيد وبرهن، وكذا النسب والحرية بخلاف الملك المطلق اهـ: يعني الحكم فيه لمن برهن بعد الحكم لآخر وإن لم يثبت السبق. قوله: (لأن البرهان مع التاريخ) أي السابق بدليل ما قال في المتن «إلا إذا ثبت سبقه» ولأن من المعلوم أنه إنما يكون أقوى بالسبق. قوله: (أقوى منه بدونه) أي بدون التاريخ السابق.

وصورة المسألة: ادعى أنه تزوجها العام وأقام بينة على ذلك فقضي له ثم ادعى آخر نكاحها قبل العام تسمع ويقضى له لسبقه، لأن السبق لا يتحقق إلا عند التاريخ منهما، لكن لما كان الثاني سابقاً فكأن الأول لم يؤرخ أصلاً. قوله: (ظهر نكاحه) أي ثبت نكاحه وظهوره إنما يكون بالبينة. وفيه إشارة إلى أن ذا اليد لو برهن بعد ما قضي للخارج

إذا ثبت سبقه) أي إن نكاحه أسبق.

يقبل، وقال بعضهم: إنه لم يقض له. قوله: (إلا إذا ثبت سبقه) أي سبق نكاحه، أي سبق التاريخ بالتزويج فإنه يقدم على ما علم كما ذكرناه من الخاصي عن التبيين والبحر، وقد تبع المصنف صاحب الدرر في ذكر هذه العبارة. وقال الشرنبلالي: وهي موجودة في النسخ بصورة المتن، ولعله شرح إذ ليس فيه زيادة على المتقدم اهـ.

واعلم أنه إذا ادعى نكاح صغيرة بتزويج الحاكم لا تسمع إلا بشروط: أن يذكر اسم الحاكم ونسبه وأن السلطان فوض إليه التزويج وأنه لم يكن لها ولي كما في البزازية.

ثم اعلم: أن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء ويوم القتل يدخل، هكذا في الظهيرية والعمادية والولوالجية والبزازية وغيرها. وفرعوا على الأول ما لو برهن الوارث على موت مورثه في يوم ثم برهنت امرأة على أن مورثه كان نكحها بعد ذلك اليوم يقضي لها بالنكاح، وعلى الثاني لو برهن الوارث على أنه قتل يوم كذا فبرهنت امرأة على أن هذا المقتول نكحها بعد ذلك اليوم لا تقبل. وعلى هذا جميع العقود والمداينات. وكذا لو برهن الوارث على أن مورثه قتل يوم كذا فبرهن المدعى عليه أنه كان مات قبل هذا بزمان لا يسمع، ولو برهن على أن مورثه قتل يوم كذا فبرهن المدعى عليه أنه قتله فلان قبل هذا بزمان يكون دفعاً لدخوله تحت القضاء، هذه عبارة البزازية. وزاد الولوالجي موضحاً لدعوى المرأة النكاح بعد ثبوت القتل في يوم كذا، بقوله: ألا ترى أن امرأة لو أقامت البينة أنه تزوجها يوم النحر بمكة فقضى بشهودها ثم أقامت أخرى بينة أنه تزوجها يوم النحر بخراسان لا تقبل بينة المرأة الأخرى لأن النكاح يدخل تحت القضاء فاعتبر ذلك التاريخ، فإذا ادعت امرأة أخرى بعد ذلك التاريخ تاريخ لم يقبل اهـ.

أقول: وجه الشبه بين المسألتين أن تاريخ برهان المرأة على نكاح المقتول مخالف لتاريخ القتل، إذ لا يتصور بعد قتله أن ينكح، كما أن نكاح الثانية له يوم النحر بخراسان لا يتصور مع نكاح الأولى له يومه بمكة فهو مخالف من هذه الحيثية، فأشبهت هذه المسألة الأولى في المخالفة، وكل من النكاح والقتل يدخل تحت الحكم فتأمل.

وفي الظهيرية: ادعى ضيعة في يد رجل أنها كانت لفلان مات وتركها ميراثاً لفلانة لا وارث له غيرها، ثم إن فلانة ماتت وتركتها ميراثاً لي لا وارث لها غيري وقضى القاضي له بالضيعة فقال المقضي عليه دفعاً للدعوى إن فلانة التي تدعي أنت الإرث عنها لنفسك ماتت قبل فلان الذي تدعي الإرث عنه لفلانة اختلفوا. بعضهم قالوا: إنه صحيح، وبعضهم قالوا: إنه غير صحيح بناء على أن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء اهـ. وإذا كان الموت مستفيضاً علم به كل صغير وكبير وكل عالم وجاهل لا يقضى له، ولا يكون بطريق أن القاضي قبل البينة على ذلك الموت بل يكون بطريق التيقن بكذب المدعي.

(وإن) ذكرا سبب الملك بأن **(برهنا على شراء شيء من ذي يد فلكل نصفه بنصف الثمن)** إن شاء **(أو تركه)** إنما خير لتفريق الصفقة عليه **(وإن ترك أحدهما بعد ما قضي لهما لم يأخذ الآخر كله)** لانفساخه بالقضاء، فلو قبله فله **(وهو)** أي ما ادعيا

قال في التاترخانية: في الفصل الثامن في الشهادات نقلاً عن الذخيرة: فيما لو ادعى المشهود عليه أن الشهود محدودون في قذف من قاضي بلد كذا فأقام المشهود أنه: أي القاضي مات في سنة كذا الخ أنه لا يقضي به إلا إذا كان موت القاضي قبل تاريخ شهود المدعى عليه مستفيضاً اهـ مع غاية الاختصار، فراجعه إن شئت، والله تعالى الموفق. وتمام التفاريع على هذه المسألة في جامع الفصولين ونور العين والبحر وغيرها، وقد تم تحقيقه في فصل الحبس فراجعه إن شئت. قوله: **(وإن ذكرا)** هو مقابل لقوله وإن برهن الخارجان مطلوف عليه. أي إن برهنا على مطلق الملك فقد تقدم حكمه: وإن ذكرا سبب الملك فحكمهما هذا. قوله: **(بأن برهنا على شراء شيء من ذي يد)** مثله ما إذا برهن الخارجان على ذي يد أن كلاً أودعه الذي في يده فإنه يقضي به بينهما نصفين، وكذا الإرث، فلو ادعى كل من خارجين الميراث عن أبيه وبرهن قضي به بينهما، وأفاد المصنف باقتصار كل على دعوى الشراء مجردة أنه لو ادعى أحدهما شراء وعتقاً والآخر شراء فقط يكون مدعي العتق أولى، فإن العتق بمنزلة القبض. ذكره في خزانة الأكمل.

وفيه إشارة إلى أنه لو أرخ أحدهما فهو له، وفي قوله: **(من ذي يد)** إشارة إلى أنه لو في يد أحدهما فهو أولى، وإن أرخ الخارج. نعم لو تلقياه من جهتين كان الخارج أحق وهذا أوضح مما في المتن. قوله: **(فلكل نصفه)** لاستوائهما في السبب، لكنه يخير كما ذكره بعد فصار كفضوليين باع كل منهما من رجل وأجاز المالك البيعين فإن كلاً منهما يخير لأنه تغير عليه شرط عدم عقده، فلعل رغبته في تملك الكل اهـ. قوله: **(بنصف الثمن)** أي الذي عينه أحدهما وإن كان خلاف ما عينه الآخر، كأن ادعى أحدهما أنه اشتراه بمائة والآخر بمائتين أخذ الأول نصفه بخمسين والآخر نصفه بمائة، وقيد بالشراء من ذي اليد لأنه لو ادعيا الشراء من ذي اليد فإنه يأتي حكمه. قوله: **(لتفريق الصفقة عليه)** فلعل رغبته في تملك الكل. قوله: **(وإن ترك أحدهما بعد ما قضي لهما)** أفاد أنه بالقضاء له بالنصف لا يجبر على أخذه لما فيه من الضرر. قوله: **(لانفساخه)** أي انفساخ البيع في النصف بالقضاء: أي لأنه صار مقضياً عليه بالنصف لصاحبه فانفسخ البيع فيه فلا يكون له أن يأخذه بعد الانفساخ، لأن العقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود إلا بتجديده ولم يوجد. قوله: **(فلو قبله)** أي فلو ترك أحدهما قبل القضاء به بينهما فللآخر أن يأخذه كله، لأنه أثبت ببينته أنه اشترى الكل، وإنما يرجع إلى النصف بالمزاحمة ضرورة القضاء به ولم يوجد، ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء

شراءه (للسابق) تاريخاً (إن أرخا) فيرد البائع ما قبضه من الآخر إليه. سراج (و) هو (لذي يد إن لم يؤرخا أو أرخ أحدهما) أو استوى تاريخهما

كما في البحر. قوله: (للسابق تاريخاً إن أرخا) أي لأنه أثبت الشراء في زمن لا ينازعه فيه أحد فيندفع الآخر به، وهذا كما علمت فيما إذا ادعيا الشراء من واحد، فلو اختلف بائعهما لم يترجح أسبقهما تاريخاً ولا المؤرخ فقط لأن ملك بائعهما لا تاريخ له. قوله: (فيرد البائع ما قبضه) أي الثمن. قوله: (وهو لذي يد) أي المدعي بالفتح إن لم يؤرخا الخ. لما ذكر ما إذا ادعى الخارجان الشراء من ذي اليد، وفيه لا يترجح واحد إلا بسبق التاريخ، أخذ يتكلم على ما إذا ادعى خارج وذو يد الشراء من واحد ويترجح ذو اليد لأنها دليل سبقه ولأنهما استويا في الإثبات وترجيح ذي اليد بها وليس للثاني ما يعارضها فلا يساويه، ولأن يد الثابت لا تنقض بالشك. ويكون الترجيح أيضاً في هذه المسألة بسبق التاريخ، فيترجح ذو اليد في أربع: ما إذا سبق تاريخه وهو ظاهر، وما إذا لم يؤرخا لما ذكر، وما إذا كان التاريخ من جانب لأنه غير معتبر كما لو لم يؤرخا، وما إذا استوى التاريخان لتعارضهما فصار كما لو لم يؤرخا، ويترجح الخارج في واحدة وهو ما إذا سبق تاريخه.

ويمكن أن تحمل هذه المسألة من تفاريع ما إذا ادعى الخارجان الشراء من ذي اليد وأثبت أحدهما بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان على ما نقله في البحر عن المعراج.

ويشكل عليه ما ذكره بعد عن الذخيرة من أن تثبت اليد بأحدهما بالمعاينة. ويمكن أن يقال: ما ثبت بالبينة معاينة لأن المعاينة لا تكفي من القاضي لأنه لا يقضي بعلمه فلم يبق إلا معاينة الشهود.

قال في البحر: ولي إشكال في عبارة الكتاب، وهو أن أصل المسألة مفروض في خارجين تنازعا فيما في يد ثالث، فإذا كان مع أحدهما قبض كان ذا يد تنازع مع خارج فلم تكن المسألة.

ثم رأيت في المعراج ما يزيله من جواز أنه أثبت بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان وهو الآن في يد البائع انتهى. إلا أنه يشكل ما ذكره بعد عن الذخيرة بأن ثبوت اليد لأحدهما بالمعاينة انتهى.

والحق أنها مسألة أخرى وكان ينبغي إفرادها.

وحاصلها: أن خارجاً وذا يد ادعى كل الشراء من ثالث وبرهنا فلم ذو اليد في الوجوه الثلاثة والخارج في وجه واحد انتهى كلام البحر. وفيه الإشكال الذي ذكره عن الذخيرة.

وأجاب المقدسي بأن قوله: (وهو لذي يد إن لم يؤرخا) يرجع إلى مطلق مدعيين لا

(و) هو (للذي وقت إن وقت أحدهما فقط و) الحال أنه (لا يد لهما) وإن لم يوقتا تقدم أن لكل نصفه بنصف الثمن (والشراء أحق من هبة

قيد كونهما خارجين، وقد أشار المصنف إلى ما قدمنا من أن الحق أنها مسألة أخرى وكان ينبغي إفرادها، حيث ذكر قوله وللذي وقت، ولكن كان عليه أن يقدمه على قوله وللذي يد لأنه من تتمة المسألة الأولى، ويكون قوله: وللذي استئناف مسألة أخرى.

فرع: لو برهنا على ذي يد بالوديعة يقضي بها لهما نصفين ثم إذا أقام أحدهما البينة على صاحبه أنه له لم يسمع، ولو برهن أحدهما وأقام الآخر شاهدين ولم يزكيا قضى به لصاحب البينة، ثم أقام الآخر بينة عادلة أنه ملكه أودعه عند الذي في يده أو لم يذكروا ذلك فقضى به له على المقضي له أولاً، وهنا يخالف الشراء فإن فيه لا يحكم للثاني، ولعله لأن الإيداع من قبيل المطلق. قوله: (وهو للذي وقت الخ) الأولى تقديمها على قوله: (وهو للذي يد) لأنها من تتمة الأولى، وإنما كان القول له لثبوت ملكه في ذلك الوقت مع احتمال الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك، ولأنهما اتفقا على أن الملك للبائع ولم يثبت الملك لهما إلا بالتلقي منه وأن شراءهما حادث، والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات، إلا إذا ثبت التاريخ فيثبت تقدمه فلهذا كان المؤرخ أولى، بخلاف ما إذا اختلف بائعهما على ما بينا، وبخلاف ما إذا ادعى الملك ولم يدع الشراء من ذي اليد حيث لم يكن التاريخ أولى عند أبي حنيفة ومحمد.

تبيين: قال المقدسي: أقول التاريخ في الملك المطلق لا عبرة به من طرف واحد بخلافه في الملك بسبب كما هو معروف اهـ.

وفيه عن القهستاني عن الخزانة أنه لو وقت أحدهما شهراً والآخر ساعة فالساعة أولى والتاريخ هو قلب التأخير. واصطلاحاً: هو تعريف وقت الشيء بأن يسند إلى وقت حدوث أمر شائع كظهور دولة أو غيره كطوفان وزلزلة لينسب إلى ذلك الوقت الزماني الآتي، وقيل هو يوم معلوم نسب إليه ذلك الزمان، وقيل هو مدة معلومة بين حدوث أمر ظاهر وبين أوقات حوادث أخر كما في نهاية الإدراك. قوله: (والحال أنه لا يد لهما) بأن كان المبيع في يد ثالث. قوله: (وإن لم يوقتا الخ) لا حاجة إليه. قوله: (والشراء أحق من هبة) أي لو برهن خارجان على ذي يد أحدهما على الشراء منه والآخر على الهبة منه كان الشراء أولى، لأنه أقوى لكونه معاوضة من الجانبين، ولأنه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض، فلو أحدهما ذا يد والمسألة بحالها يقضى للخارج أو للأسبق تاريخاً، وإن أرخت إحداهما فلا ترجيح، ولو كل منهما ذا يد فهو لهما، أو للأسبق تاريخاً كدعوى ملك مطلق، ولو اختلف المملك استويا لأن كلاً منهما خصم عن مملكه في إثبات ملكه وهما سواء، بخلاف ما لو اتحد لاحتياجهما إلى إثبات السبب، وفيه يقدم الأقوى،

وصدقة) ورهن ولو مع قبض وهذا (إن لم يؤرخا، فلو أرخا واتحد المملك فالأسبق أحق) لقوته (ولو أرخت إحداهما فقط فالمؤرخة أولى) ولو اختلف المملك استويا،

وأطلق في الهبة وهي مقيدة بالتسليم وبأن لا تكون بعوض وإلا كانت بيعاً، وأشار إلى استواء الصدقة والهبة المقبوضتين للاستواء في التبرع، ولا ترجيح للصدقة باللزوم لأنه يظهر في ثاني الحال وهو عدم التمكن من الرجوع في المستقبل والهبة قد تكون لازمة كهبة محرم والصدقة قد لا تلزم بأن كانت لغني. كذا في البحر ملخصاً

وفيه: ولم أر حكم الشراء الفاسد مع القبض والهبة مع القبض، فإن الملك في كل متوقف على القبض، وينبغي تقديم الشراء للمعاوضة. ورده المقدسي بأن الأولى تقديم الهبة لكونها مشروعة والبيع الفاسد منهي عنه، ولم يذكر ما لو اختلفا في الشراء مع الوقف، فحكمه ما في مشتمل الأحكام عن القنية قال: ادعى على رجل أن هذه الدار التي في يده وقف مطلق وذو اليد ادعى أن بائعي اشتراها من الوقف وأرخا وأقاما البينة فبينة الوقف أولى، ثم إذا أثبت ذو اليد تاريخاً سابقاً على الوقف فبينته أولى، وإلا فبينة الوقف أولى اهـ.

وفي فتاوى مؤيد زاده: ادعى عليه داراً أنه باعها مني منذ خمس عشرة سنة وادعى الآخر أنها وقف عليه مسجل وأقاما بينة فبينة مدعي البيع أولى، وإن ذكر الواقف بعينه فبينة الوقف أولى لأنه يصير مغصباً عليه. قوله: (وصدقة) قال في البحر: الصدقة المقبوضة والهبة كذلك سواء للتبرع فيهما، ولا ترجيح للصدقة باللزوم لأن أثر اللزوم يظهر في ثاني الحال وهو عدم التمكن من الرجوع في المستقبل، والترجيح يكون بمعنى قائم في الحال، والهبة قد تكون لازمة بأن كانت لمحرم، والصدقة قد لا تلزم بأن كانت لغني. قوله: (ورهن ولو مع قبض) إنما قدم الشراء عليه لأنه يفيد الملك بعوض للحال والرهن لا يفيد الملك للحال فكان الشراء أقوى، وقد علمت أن الهبة بعوض كالشراء فتقدم عليه وقوله «ولو مع قبض» راجع إلى الرهن فقط لأن دعوى الهبة أو الصدقة غير المقبوضة لا تسمع. قوله: (واتحد المملك) أما إذا كان المملك مختلفاً فلا يعتبر فيه سبق التاريخ. أبو السعود. بل يستويان كما يأتي قال في البحر: أطلقه وهو مقيد بأن لا تاريخ لهما، إذ لو أرخا مع اتحاد المملك كان للأسبق، فأخذته منه وذكر ما ذكر من خلل صاحب الكنز بهذا القيد مع جواز الاعتذار بحمل المطلق على الخالي من التاريخ إذ الأصل عدمه، فتأمل. أفاده الرملي. قوله: (ولو أرخت إحداهما) أي إحدى البينتين لما تقدم فيما إذا أرخت إحدى بينتي مدعي الشراء من واحد. قوله: (فالمؤرخة أولى) لأنهما اتفقا على الملك والملك لا يتلقى إلا من جهة المملك وهو واحد، فإذا أثبت أحدهما تاريخاً يحكم له به. درر. قوله: (استويا) لأن كلاً منهما خصم عن مملكه في إثبات ملكه وهما فيه سواء،

وهذا فيما لا يقسم اتفاقاً.

واختلف التصحيح فيما يقسم كالدار، والأصح أن الكل لمدعي الشراء؛ لأن الاستحقاق من قبيل الشيوع المقارن لا الطارئ،

بخلاف ما إذا اتحد لاحتياجهما إلى إثبات السبب، وفيه يقدم الأقوى كما في البحر: أي فينصف المدعي بين مدعي الشراء ومدعي الهبة والصدقة، وهذا ظاهر في غير الرهن، أما فيه فينبغي أن لا يصح فيه مطلقاً لعدم صحة رهن المشاع شيوعاً مقارناً أو طارئاً عن حصة شائعة يقسم أو لا كما سيأتي في بابه. وأما طروؤه على حصة مفروزة فلا يبطله كما نبه عليه المقدسي، فتنبه.

وفي البحر: لو ادعى الشراء من رجل وآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة من آخر قضي بينهم أرباعاً؛ لأنهم يتلقون الملك من مملكيهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق. قوله: (وهذا) أي الاستواء.

اعلم أن صاحب البحر والهندية جعلا ذلك فيما إذا كانت العين في أيديهما. وعبارة البحر بعد أن صرح بأن مدعي الشراء والهبة مع القبض خارجان ادعيا عن ثالث نصها: وقيد بكونهما خارجين للاحتراز عما إذا كانت في يد أحدهما والمسألة بحالها فإنه يقضي للخارج، إلا أن أسبق التاريخ فهو للأسبق، وإن أرخت إحداهما فلا ترجيح لها كما في المحيط. وإن كانت في أيديهما فيقضي بينهما، إلا في أسبق التاريخ فهي له كدعوى ملك مطلق، وهذا إذا كان المدعى مما لا يقسم كالعبد والدابة. وأما فيما يقسم كالدار فإنه يقضى لمدعي الشراء؛ لأن مدعي الهبة أثبت بالبينة الهبة في الكل ثم استحق الآخر نصفه بالشراء، واستحقاق نصف الهبة في مشاع يحتمل القسمة يبطل الهبة بالإجماع. فلا تقبل بينة مدعي الهبة، فكان مدعي الشراء منفرداً بإقامة البينة اهـ. ونقلاها عن المحيط. وكلام الزيلعي يفيد أن ذلك فيما إذا اختلف المملك وإلا فهو؛ فالحكم واحد لأن الإشاعة تتحقق في حال اختلافه أيضاً. قوله: (لأن الاستحقاق) أي استحقاق مدعي الشراء النصف، وهو جواب عما قاله في العمادية من أن الصحيح أنهما سواء، لأن الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة ويفسد الرهن اهـ. وأقره في البحر وصدر الشريعة.

قال المصنف نقلاً عن الدرر: هذه صورة الاستحقاق من أمثلة الشيوع الطارئ غير صحيح. والصحيح ما في الكافي والفصولين، فإن الاستحقاق إذا ظهر بالبينة كان مستنداً إلى ما قبل الهبة فيكون مقارناً لها لا طارئاً عليها انتهت: أي وحيث كانت من قبيل المقارن وهو يبطل الهبة إجماعاً ينفرد مدعي الشراء بالبرهان فيكون أولى. قوله: (من قبيل الشيوع المقارن) أي وهو يبطل الهبة بالإجماع كما علمت. فينفرد مدعي الشراء بإقامة البينة فيكون أولى. قوله: (لا الطارئ) لأنه لا يفسد الهبة والصدقة، بخلاف المقارن كما

هبة. الدرر (والشراء والمهر سواء) فيتنصف وترجع هي بنصف القيمة، وهو بنصف الثمن أو يفسخ لما مر (هذا إذا لم يؤرخا أو أرخا واستوى تاريخهما، فإن سبق تاريخ أحدهما كان أحق) قيد بالشراء لأن النكاح أحق من هبة أو رهن أو صدقة عمادية. والمراد من النكاح

علمت، وهذا جواب عما قاله العمادي كما تقدم، والرجوع يبعض الهبة كالشيوع الطارىء. قوله: (هبة الدرر) ومثله في التبيين والمنح. قوله: (والشراء والمهر سواء) يعني إذا ادعى أحدهما الشراء من ذي يد وادعت امرأة أنه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة، فإن كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه، وهذا عندهما. وقال محمد: الشراء أولى. قوله: (وترجع هي) أي على الزوج بنصف القيمة لاستحقاق نصف المسمى. قوله: (وهو بنصف الثمن) أي إن كان نقده. قوله: (أو يفسخ) بالبناء للمجهول ليشمل المهر والمشتري، لأن كلًّا منهما دخل عليه عيب تفريق الصفقة، فللمرأة أن ترده وترجع بجميع القيمة والمشتري بجميع الثمن. قوله: (لما مر) أي من تفرق الصفقة عليه. قوله: (أو أرخا واستوى تاريخهما الخ) قال في ترجيح البينات للبغدادي: قامت بينة على المال وبينة على البراءة وأرخا: فإن كان تاريخ البراءة سابقاً يقضي بالمال، وإن كان لاحقاً يقضى بالبراءة، وإن لم يؤرخا أو أرخت إحداهما دون الأخرى أو أرخا وتاريخهما سواء فالبراءة أولى؛ لأن البراءة إنما تكتب لتكون حجة صحيحة ولا صحة لها إلا بعد وجوب المال، والظاهر أنه كان بعد وجوب المال اهـ. قوله: (قيد بالشراء) أي في جعله مع المهر سواء، لأن الهبة وأخواتها لا تساوي المهر ولذا قال الشارح: «لأن النكاح أحق». قوله: (لأن النكاح أحق من هبة أو رهن أو صدقة) انظر ما معنى هذه العبارة مع قوله المار «والشراء والمهر سواء» فلم يظهر لي فائدتها سوى أنه تكرار محض. تأمل. قوله: (والمراد من النكاح) أي في قول العمادي لأن النكاح الخ المهر. قال في البحر ناقلاً عن جامع الفصولين: لو اجتمع نكاح وهبة يمكن أن يعمل بالبينتين لو استويا بأن تكون منكوحة لذا وهبة للآخر بأن يهب أمته المنكوحة فينبغي أن لا تبطل بينة الهبة حذراً من تكذيب المؤمن، وكذا الصدقة مع النكاح، وكذا الرهن مع النكاح اهـ. وهو وهم لأنه فهم أن المراد لو تنازعا في أمة أحدهما ادعى أنها ملكه بالهبة والآخر أنه تزوجها وليس مرادهم، وإنما المراد من النكاح المهر كما عبر به في المحيط في الكتاب، ولذا قال في المحيط: والشراء أولى من النكاح عند محمد. وعند أبي يوسف: هما سواء. لمحمد أن المهر صلة من وجه قد أطلق النكاح وأراد المهر، ومما يدل على ما ذكرناه أن العمادي بعد ما ذكر أن النكاح أولى قال: ثم إن كانت العين في يد أحدهما فهو أولى، إلا أن يؤرخا وتاريخ الخارج أسبق فيقضي للخارج، ولو كانت في أيديهما يقضى بها بينهما نصفين إلا أن

المهر كما حرره في البحر مغلطاً للجامع. نعم يستوي النكاح والشراء لو تنازعا في الأمة من رجل واحد ولا مرجح فتكون ملكاً له منكوحة للآخر، فتدبر.

(ورهن مع قبض أحق من هبة بلا عوض معه) استحساناً، ولو به فهي أحق لأنها بيع انتهاء والبيع ولو بوجه أقوى من الرهن، ولو العين معهما استويا ما لم

يؤرخا وتاريخ أحدهما أسبق فيقضى له اهـ. وكيف يتوهم أن الكلام في المنكوحة بعد قوله تكون بينهما نصفين؟.

وينبغي لو تنازعا في الأمة ادعى أحدهما أنها ملكه والآخر أنها منكوحته وهما من رجل واحد وبرهنا ولا مرجح أن يثبتا لعدم المنافاة فتكون ملكاً لمدعي الملك هبة أو شراء منكوحة للآخر كما بحثه في المقام، ولم أره صريحاً اهـ.

فالحاصل: أن صاحب البحر استحسن بحث صاحب الفصولين ولكنه لم يره منقولاً، ووهمه في حمله قولهم النكاح أولى من الهبة أن المراد ادعاء أحدهما نكاح الأمة والآخر هبتها، بدليل ما ذكره في العمادية أنها لو كانت في أيديهما ولا مرجح بقضي بينهما، ولا يصح ذلك في المدعى نكاحها، وأن صاحب المحيط أطلق النكاح وأراد المهر كما بينه. قوله: (المهر) فيكون من إطلاق الشيء وإرادة أثره المترتب عليه. قوله: (كما حرره في البحر مغلطاً للجامع) أي جامع الفصولين في قوله لو اجتمع نكاح وهبة إلى آخر ما قدمناه. قوله: (نعم الخ) هذا الذي جعله صاحب البحر بحثاً لصاحب الفصولين وذكر أنه لم يره منقولاً كما تقدم، وهو استدراك على قوله والمراد من النكاح المهر. قوله: (لو تنازعا في الأمة) أي وبرهنا. قوله: (ولا مرجح) كسبق التاريخ. قوله: (فتكون ملكاً له الخ) لعدم المنافاة. قوله: (ورهن مع قبض الخ) أي إن لم يكن مع واحد منهما تاريخ. قوله: (معه) أي مع القبض. قال المصنف في منحه: قولي بلا عوض هو قيد لازم أهمل به صاحب الكنز والوقاية. قال الرملي: هو لصاحب البحر مع أنه لا يضر تركه، إذ الهبة إذا أطلقت يراد بها الخالية عن العوض كما هو ظاهر، بل لقائل أن يقول: ذكرها يوجب التكرار لأنها بيع انتهاء حتى جرت أحكام البيع عليها فعلم حكمها منه، تأمل. قوله: (استحساناً) وجه الاستحسان أن الرهن مضمون، فكذا المقبوض بحكم الرهن والهبة أمانة، والمضمون أقوى فكان أولى. والقياس أن الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبته. قوله: (ولو العين معهما استويا) يعني أن ما تقدم فيما إذا كان خارجين. فإن كانت في يديهما فهما سواء، وإن كانت في يد أحدهما فهو أولى إلا أن يؤرخا وتاريخ الخارج أسبق فيقضى له.

وبحث فيه العمادي بأن الشيوع الطارىء يفسد الرهن فينبغي أن يقضى بالكل

يؤرخا وأحدهما أسبق (وإن برهن خارجان) على ملك مؤرخ

لمدعي الشراء، لأن مدعي الرهن أثبت رهناً فاسداً فلا تقبل بينته فصار كأن مدعي الشراء انفرد بإقامة البينة، ولهذا قال شيخ الإسلام خواهر زاده. إنه إنما يقضى به بينهما فيما إذا اجتمع الشراء والهبة إذا كان المدعى مما لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة، أما إذا كان شيئاً يحتملها يقضى بالكل لمدعي الشراء، قال: لأن مدعي الشراء قد استحق النصف على مدعي الهبة، واستحقاق نصف الهبة في مشاع يحتمل القسمة يوجب فساد الهبة فلا تقبل بينة مدعي الهبة: غير أن الصحيح ما أعلمتك من أن الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة والصدقة ويفسد الرهن، والله تعالى أعلم. بحر.

قلت: وعلى ما مر من أن الاستحقاق من الشيوع المقارن ينبغي أن يقضى لمدعي الشراء بالأولى، فالحكم بالاستواء على كل من القولين مشكل. فليتأمل.

قال المصنف في المنح: هذا الكلام من العمادي يشير إلى أن الاستحقاق من قبيل الشيوع الطارئ، وليس كذلك بل هو من الشيوع المقارن المفسد كما صرح به في جامع الفصولين، وصححه في شرح الدرر والغرر ونقله في الكنز في كتاب الهبة وأقره. قوله: (وإن برهن خارجان على ملك مؤرخ الخ) قيد بالملك لأنه لو أقاماها على أنها في يده منذ سنين ولم يشهد أنها له قضى بها للمدعي، لأنها شهدت باليد لا بالملك كما في البحر.

وفيه: ومن أهم مسائل هذا الباب معرفة الخارج من ذي اليد.

وفي جامع الفصولين: ادعى كل أنه في يده، فلو برهن أحدهما يقبل ويكون الآخر خارجاً، ولو لا بينة لهما لا يحلف واحد منهما[١].

ولو برهن أحدهما على اليد وحكم بيده ثم برهن على الملك لا تقبل، إذ بينة ذي اليد على الملك لا تقبل.

مَطْلَبٌ: مِنْ أَهَمِّ مَسَائِلِ دَعْوَى الرَّجُلَيْنِ مَعْرِفَةُ الخَارِجِ مِنْ ذِي اليَدِ

أخذ عيناً من يد آخر وقال إني أخذته من يده لأنه كان ملكي وبرهن على ذلك تقبل، لأنه وإن كان ذا يد بحكم الحال لكنه لما أقر بقبضه منه فقد أقر أن ذا اليد في الحقيقة هو الخارج.

ولو غصب أرضاً وزرعها فادعى رجل أنها له وغصبها منه: فلو برهن على غصبه وإحداث يده يكون هو ذا يد والزارع خارجاً، ولو لم يثبت إحداث يده فالزارع ذو يد والمدعي هو الخارج.

بيده عقار أحدث الآخر عليه يده لا يصير به ذا يد، فلو ادعى عليه أنك أحدثت اليد وكان بيدي فأنكر يحلف اهـ. وبه علم أن اليد الظاهرة لا اعتبار بها.

---

(١) أي عند ما لم يثبت كون أحدهما خصماً للآخر إذ يصير خصماً عنه ولم تثبت يد واحد منهما.

ثم اعلم: أن الرجلين إذا ادعيا عيناً، فإما أن يدعيا ملكاً مطلقاً أو ملكاً بسبب متحد قابل للتكرار أو غير قابل أو مختلف أحدهما أقوى من الآخر أو مستويان من واحد أو من متعدد أو يدعي أحدهما الملك المطلق والآخر الملك بسبب أو أحدهما ما يتكرر والآخر ما لا يتكرر فهي تسعة، وكل منهما إما أن يبرهن أو يبرهن أحدهما فقط، أو لا برهان لواحد منهما ولا مرجح أو لأحدهما مرجح، فهي أربعة صارت ستاً وثلاثين، وكل منها إما أن يكون المدعي في يد ثالث أو في يدهما أو في يد أحدهما فهي أربعة صارت مائة وثمانية وعشرين[1] وكل منها على أربعة: إما أن لا يؤرخا أو أرخا واستويا أو سبق أحدهما أو أرخ أحدهما صارت خمسمائة واثني عشر اهـ. وقد أوصلها في التسهيل لجامع الفصولين إلى سبعة آلاف وثمانمائة وسبعين مسألة، وأفردها برسالة خاصة، وقد تخرج مع هذا العاجز الحقير زيادة على ذلك بكثير حررته في ورقة حين اطلاعي على تلك الرسالة، وسأجمع في ذلك رسالة حافلة إن شاء الله تعالى، ولكن ذكر ذلك هنا يطول ولا حاجة إلى ذكره، بل اقتصر على ما ذكره العلامة عبد الباقي أفندي أسيري زاده حيث جعل لها ميزاناً، إلا أنه أوصل الصور إلى ستة وتسعين فقال:

اعلم أن الرجلين إذا ادعيا عيناً وبرهنا فلا يخلو: إما أن ادعى كلاهما ملكاً مطلقاً، أو ادعى كلاهما بسبب واحد بأن ادعيا إرثاً أو شراء من اثنين أو من واحد، أو ادعى أحدهما ملكاً مطلقاً والآخر نتاجاً، أو ادعى كلاهما نتاجاً، أو ادعى كلاهما ملكاً، وأنه إما أن يكون المدعى به في يد ثالث أو في يد أحدهما. وكل وجه على أربعة أقسام: إما إن لم يؤرخا أو أرخا تاريخاً واحداً، أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق، أو أرخ أحدهما لا الآخر، وجملة ذلك ستة وتسعون فصلاً كما سيجيء إن شاء الله تعالى، وهي هذه كما ترى أحببت ذكرها تسهيلاً للمراجعة وتقريباً، وإن كان في المصنف والشارح شيء كثير منها، لكن بهذه الصورة يقرب للأخذ، وإن تكرر فإن المكرر للحاجة يحلو.

ادعيا عيناً ملكاً مطلقاً والعين في يد ثالث:

(١) إن لم يؤرخا يقضى بينهما. (٢) أو أرخا تاريخاً واحداً يقضى بينهما. (٣) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق عندهما: يقضى للأسبق. وعند محمد في رواية: يقضى بينهما. (٤) أو أرخ أحدهما لا الآخر عند أبي حنيفة: يقضى بينهما: وعند أبي يوسف: للمؤرخ. وعند محمد: لمن أطلق. ومشايخنا أفتوا بقول أبي حنيفة.

(١) في ط (قوله صارت مائة وثمانية وعشرين) لعل الصواب: مائة وأربعة وأربعين وقوله الآتي (صارت خمسمائة واثني عشر) لعل صوابه خمسمائة وستة وسبعين.

ولو ادعيا ملكاً مطلقاً والعين في يد ثالث ولم يؤرخا أو أرخا تاريخاً واحداً وبرهنا: يقضي بينهما لاستوائهما في الحجة.

وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: يقضي للأسبق لأنه أثبت الملك لنفسه في زمان لا ينازعه فيه غيره فيقضي بالملك له ثم لا يقضي بعده لغيره إلا إذا تلقى الملك منه، ومن ينازعه لم يتلق الملك منه فلا يقضى له به.

مطلب: تستحق الزوائد المتصلة والمنفصلة

ولو أرخ أحدهما لا الآخر: فعند أبي حنيفة: لا عبرة للتاريخ ويقضى بينهما نصفين، لأن توقيت أحدهما لا يدل على تقدم ملكه، لأنه يجوز أن يكون الآخر أقدم منه ويحتمل أن يكون متأخراً عنه فيجعل مقارناً رعاية للاحتمالين. وعند أبي يوسف: للمؤرخ لأنه أثبت لنفسه الملك في ذلك الوقت يقيناً، ومن لم يؤرخ ثبت للحال يقيناً، وفي ثبوته في وقت تاريخ صاحبه شك ولا يعارضه. وعند محمد: يقضى لمن أطلق لأن دعوى الملك المطلق من الأصل، ودعوى الملك المؤرخ يقتصر على وقت التاريخ، ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض، أو تستحق الزوائد المتصلة والمنفصلة فكان المطلق أسبق تاريخاً فكان أولى، هذا إذا كان المدعي في يد ثالث.

وفي الخلاصة من الثالث عشر من الدعوى: يقضى للأسبق لأنه أثبت الملك لنفسه في زمان لا ينازعه فيه غيره فيقضي بالملك له ثم لا يقضى بعده لغيره، إلا إذا تلقى الملك منه، ومن ينازعه لم يتلق الملك منه فلا يقضى له به.

من المحل المزبور: فعند أبي حنيفة: لا عبرة للتاريخ ويقضى بينهما نصفين، لأن توقيت أحدهما لا يدل على تقدم ملكه لأنه يجوز أن يكون الآخر أقدم منه، ويحتمل أن يكون متأخراً عنه فجعل مقارناً رعاية للاحتمالين.

من المحل المزبور: وعند أبي يوسف: للمؤرخ، لأنه أثبت لنفسه الملك في ذلك الوقت يقيناً، ومن لم يؤرخ ثبت للحال يقيناً، وفي ثبوته في وقت تاريخ صاحبه شك فلا يعارضه.

من المحل المزبور: وعند محمد: يقضى لمن أطلق، لأن دعوى الملك المطلق دعوى الملك من الأصل ودعوى الملك المؤرخ تقتصر على وقت التاريخ.

ادعيا ملكاً مطلقاً والعين في أيديهما:

(٥) لم يؤرخا: يقضى بينهما. (٦) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى بينهما. (٧) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: عندهما: يقضى للأسبق. وعند محمد في رواية: يقضى

. . . .

بينهما، ومشايخنا أفتوا بأولوية الأسبق على قول الإمامين. (٨) أو أرخ أحدهما لا الآخر: عند أبي حنيفة: يقضى بينهما.

وعند أبي يوسف: للمؤرخ. وعند محمد: لمن أطلق، ومشايخنا أفتوا على قول أبي حنيفة.

ولو ادعيا ملكاً مطلقاً، فإن كانت العين في أيديهما فكذلك الجواب: أي كما كانت العين في يد ثالث، لأنه لم يترجح أحدهما على الآخر باليد ولم ينحط حاله عن حال الآخر باليد. جامع الفصولين من الفصل الثامن.

ادعيا ملكاً مطلقاً والعين في يد أحدهما:

(٩) لم يؤرخا: يقضى للخارج. (١٠) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى للخارج. (١١) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق، عندهما: يقضى لأسبقهما، وعند محمد: يقضى للخارج، أفتى مشايخنا بأولوية الأسبق على قول الإمامين. (١٢) أو أرخ أحدهما لا الآخر: عند أبي يوسف: يقضى للمؤرخ، وعند محمد: يقضى للخارج، أفتى مشايخنا على قول محمد.

ولو ادعيا ملكاً مطلقاً: فإن كانت العين في يد أحدهما: فإن كانا أرخا سواء أو لم يؤرخا فهو للخارج لأن بينته أكثر إثباتاً، وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو لأسبقهما. وعن محمد: أنه رجع عن هذا القول وقال: لا تقبل بينة ذي اليد على الوقت ولا على غيره، لأن البينتين قامتا على الملك المطلق ولم يتعرضا لجهة الملك فاستوى التقدم والتأخر فيقضى للخارج.

مَطْلَبٌ: البَيِّنَةُ مَعَ التَّارِيخِ تَتَضَمَّنُ مَعْنَى بَيِّنَةِ دَفْعِ الخَارِجِ

ولهما أن البينة مع التاريخ تتضمن الدفع، فإن الملك إذا ثبت للشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي منه، فصارت بينة ذي اليد بذكر التاريخ متضمنة دفع بينة الخارج على معنى أنها لا تصح إلا بعد إثبات التلقي من قبله وبينته على الدفع مقبولة، وعلى هذا إذا كانت الدار في أيديهما فصاحب الوقت الأول أولى عندهما، وعنده يكون بينهما.

وإن أرخ أحدهما لا الآخر فعند أبي يوسف: يقضى للمؤرخ لأن بينته أقدم من المطلق، كما لو ادعى رجلان شراء من آخر وأرخ أحدهما لا الآخر كان للمؤرخ أولى. وعند أبي حنيفة ومحمد: يقضى للخارج ولا عبرة للوقت لأن بينة ذي اليد إنما تقبل إذا كانت متضمنة معنى الدفع، وهنا وقع الاحتمال في معنى الدفع لوقوع الشك في وجوب التلقي من جهته لجواز أن شهود الخارج لو وقتوا لكان أقدم، فإذا وقع الشك في تضمنه

- -

معنى القادح فلا يقبل مع الشك والاحتمال. جامع الفصولين من الفصل الثامن

قال الرملي: أقول: هذه المسألة المنقولة عن الخلاصة ليست من باب دعوى الملك المطلق.

وفي الخلاصة: إذا ادعيا تنقي الملك من رجلين والدار في يد أحدهما فإنه يقضى للخارج سواء أرخا أو لم يؤرخا، أو أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر إلاّ إذا كان تاريخ صاحب اليد أسبق اهـ.

قال: رجل ادعى داراً أو عقاراً أو منقولاً في يد رجل ملكاً مطلقاً وأقام البينة على الملك المطلق وأقام ذو اليد بينة أيضاً أنه ملكه: فبينة الخارج أولى عند علمائنا الثلاثة، وهذا إذا لم يذكرا تاريخاً. وأما إذا ذكراه وتاريخهما سواء فكذلك يقضى ببينة الخارج؛ وإن كان تاريخ أحدهما أسبق فلأسبقهما تاريخاً سواء كان خارجاً أو صاحب يد، وهو قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف قول محمد أولاً، وعلى قول أبي يوسف أولاً، وهو قول محمد آخراً: لا عبرة فيه للتاريخ بل يقضى للخارج، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فكذلك يقضى للخارج. من صرة الفتاوى نقلاً من الذخيرة. حجة الخارج في الملك المطلق أولى من حجة ذي اليد، لأن الخارج هو المدعي والبينة بينة المدعي بالحديث، إلا إذا كانا أرخا وذو اليد أسبق، لأن للتاريخ عبرة عند أبي حنيفة في دعوى الملك المطلق[1] إذا كان من الطرفين، وهو قول أبي يوسف آخراً، وقول محمد أولاً. وعلى قول أبي يوسف أولاً وهو قول محمد آخراً: لا عبرة له بل يقضى للخارج. درر.

ادعيا ملكاً إرثاً من أبيه والعين في يد ثالث:

(١٣) لم يؤرخا: يقضى بينهما نصفين. (١٤) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى بينهما نصفين. (١٥) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: عند علمائنا الثلاثة: يقضى للأسبق إن كان تاريخهما للملك مورثهما، وإن كان تاريخهما لموت مورثهما. عند محمد: يقضى بينهما نصفين. (١٦) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى بينهما إجماعاً.

ولو ادعى كل واحد منهما إرثاً من أبيه: فلو كان العين في يد ثالث ولم يؤرخا أو أرخا سواء[2] فهو بينهما نصفين لاستوائهما في الحجة، وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو لأسبقهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وكان أبو يوسف يقول أولاً: يقضى به بينهما نصفين في الإرث والملك المطلق ثم رجع إلى ما قلنا. وقال محمد في رواية أبي حفص كما قاله أبو حنيفة. وقال في رواية أبي سليمان: لا عبرة للتاريخ في الإرث فيقضى بينهما

---

(١) في ط نسخة: مطلق ملكه.

(٢) في ط أي إن لم يؤرخا أو أرخا سواء.

نصفين، وإن سبق تاريخ أحدهما لأنهم لا يدعيان الملك لأنفسهما ابتداء بل لمورثهما ثم يجرانه إلى أنفسهما ولا تاريخ لملك المورثين، فصار كما لو حضر المورثان وبرهنا على الملك المطلق، حتى لو كان لملك المورثين تاريخ: يقضى لأسبقهما.

أقول: ينبغي أن يكون حكم هذا كحكم دعوى الشراء من اثنين، لأن الوارثين كبائعين في تلقي الملك منهما، فمن لم يعتبر التاريخ في الشراء من البائعين ينبغي أن لا يعتبر التاريخ في الإرث أيضاً، فرد الإشكال على من خالف فيشكل التفصي: أي التخلص إلا بالحمل على الروايتين

والحاصل: أن في اعتبار تاريخ تلقي الملك من البائعين اختلاف الروايات على ما سيجيء، فكذا الإرث، فلا فرق بينهما في الحكم فلا إشكال حينئذ، وإن أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى بينهما نصفين إجماعاً لأنهما ادعيا تلقي الملك من رجلين فلا عبرة للتاريخ. وقيل يقضى للمؤرخ عند أبي يوسف جامع الفصولين من الفصل الثامن

وفي كتاب الدعوى من الخلاصة: وإن أرخا لملك مورثهما يعتبر سبق التاريخ في قولهم جميعاً اهـ: أي بأن أقام أحدهم بينة أن أباه مات منذ سنة وتركها ميراثاً له وأقام الآخر بينة أن أباه مات منذ سنتين وتركه ميراثاً له، ففي هذا الوجه خالف محمد أبو يوسف في دعوى الإرث.

ادعيا ملكاً إرثاً من أبيهما والعين في أيديهما أي ادعى كل منهما الإرث من أبيه

(١٧) لم يؤرخا يقضى بينهما نصفين. (١٨) أو أرخا تاريخاً يقضى بينهما نصفين. (١٩) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق عند علمائنا الثلاثة: يقضى للأسبق إن كان تاريخهما لموت مورثهما، وإن كان تاريخهما لملك مورثهما عند محمد: يقضى بينهما نصفين، ورجح صاحب جامع الفصولين قول محمد هنا. (٢٠) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى بينهما إجماعاً: أي كما لو كانت العين في يد ثالث، ولو ادعيا ملكاً إرثاً فإن كانت العين في أيديهما فكذلك الجواب[1]. في أول الثامن الفصولين ملخصاً.

ادعيا ملكاً إرثاً لأبيه والعين في يد أحدهما:

(٢١) لم يؤرخا. يقضى للخارج. (٢٢) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى للخارج. (٢٣) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: عندهما: يقضى للخارج، ومشايخنا أفتوا بأولوية الأسبق على قول الإمامين. (٢٤) أو أرخ أحدهما لا الآخر. يقضى للخارج إجماعاً.

ولو ادعيا ملكاً إرثاً لأبيه: إن كانت العين في يد أحدهما ولم يؤرخا أو أرخا

---

(١) في ط أي كما لو كانت العين في يد ثالث.

سواء[١] يقضي للخارج، وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو لأسبقهما. وعند محمد: للخارج لأنه لا عبرة للتاريخ هنا، وإن أرخ أحدهما لا الآخر فهو للخارج إجماعاً، وقيل يقضي للمؤرخ عند أبي يوسف من جامع الفصولين في الثامن.

أقول: أو أرخا وتاريخ الخارج أسبق، وإن أرخا وتاريخ ذي اليد أسبق فهو له.

والحاصل: أنه للخارج إلا إذا سبق تاريخ ذي اليد كما سيأتي، ووضع المسألة في تلقي الملك عن اثنين. خير الدين.

وفي الخلاصة من الثالث عشر من الدعوى: ولو ادعيا الميراث كل واحد منهما يقول هذا لي ورثته من أبي لو كان في يد أحدهما فهو للخارج، إلا إذا كان تاريخ ذي اليد أسبق فهو أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فهو للخارج بالإجماع.

قال في الرابع من الأستروشنية والثامن من العمادية نقلاً عن التجريد: لو ادعى صاحب اليد الإرث عن أبيه وادعى خارج مثل ذلك وأقام البينة: يقضي للخارج في قولهم جميعاً. ولو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق قضى للأسبق عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: يقضي للخارج اهـ.

قال في غاية البيان نقلاً من المبسوط لخواهر زاده: إن ادعيا ملكاً بسبب بأن ادعى كل تلقي الملك من اثنين بالميراث أو بالشراء فالجواب عنه كالجواب في الملك المطلق على التفصيل الذي ذكرناه اهـ.

وقد ذكر أن العين في الملك المطلق إن كانت في يد أحدهما وأرخا وتاريخ أحدهما أسبق: فعلى قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد الأول: يقضي لأسبقهما تاريخاً، وعلى قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد الآخر: يقضى للخارج من هامش الأنقروي في نوع دعوى الإرث من كتاب الدعوى.

ادعيا الشراء من اثنين والعين في يد ثالث:

(٢٥) لم يؤرخا: يقضى بينهما نصفين. (٢٦) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى بينهما نصفين. (٢٧) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: عند علمائنا الثلاثة للأسبق إن كان تاريخهما للملك بائعيهما، وإن كان تاريخهما لوقت اشترائهما: عند محمد: يقضى بينهما نصفين، ورجح صاحب الفصولين قول محمد.

(٢٨) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى بينهما اتفاقاً.

وإن ادعيا الشراء من اثنين والدار في يد الثالث، فإن لم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما

(١) في ط ثاني: إن لم يؤرخا أو أرخا سواء بسواء.

على السواء: فقضى بالدار بينهما، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فهو على الاختلاف الذي ذكرنا في الميراث: يعني أن فيه ثلاثة أقوال، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فهو على ما ذكرنا في الميراث أيضاً. وأما إذا ادعيا الشراء من اثنين وأرخا الشراء وتاريخ أحدهما أسبق: فقد روى عن محمد أنهما إذا لم يؤرخا ملك البائعين: يقضي بينهما نصفين كما في فصل الميراث، فعلى هذه الرواية لا يحتاج إلى الفرق بين الشراء والميراث، وفي ظاهر الرواية: يقضي في فصل الشراء لأسبقهما تاريخاً عند محمد، وعلى ظاهر رواية محمد يحتاج إلى الفرق. أنقروي من نوع في دعوى الشراء والبيع.

وفي جامع الفصولين: وإن ادعيا الشراء من واحد ولم يؤرخا أو أرخا سواء فهو بينهما نصفين لاستوائهما في الحجة، وإن أرخا وأحدهما أسبق، يقضى لأسبقهما اتفاقاً، بخلاف ما لو ادعيا الشراء من رجلين لأنهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ بينهما لملك البائعين فتاريخهما لملكه لا يعتد به، وصارا كأنهما حضرا وبرهنا على الملك بلا تاريخ فيكون بينهما. أما هنا فقد اتفقا على أن الملك كان لهذا الرجل، وإنما اختلفا في الملتقي منه وهذا الرجل أثبت التلقي لنفسه في وقت لا ينازعه فيه صاحبه فيقضى له به، ثم لا يقضى به لغيره بعد إلا إذا تلقى منه وهو لا يتلقى منه انتهى.

وفيه أيضاً أقول: يتراءى لي أن الأصوب هو أن لا يعتبر سبق التاريخ في صورة التلقي من اثنين، إذ لا تاريخ لانتفاء ملك البائعين، فتاريخ المشتري لملكه لا يعتد به مع تعدد البائع فصارا كأنهما حضرا وبرهنا على الملك المطلق بلا تاريخ اهـ.

ادعيا شراء من اثنين والعين في أيديهما:

(٢٩) لم يؤرخا: يقضى بينهما نصفين. (٣٠) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى بينهما نصفين (٣١) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: يقضى لأسبقهما. (٣٢) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى بينهما نصفين.

وفي الرابع من دعوى المحيط في نوع في دعوى: صاحب اليد تلقي الملك من جهة غيرها ادعيا تلقي الملك من جهة واحدة ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء: يقضى بالعين بينهما، وكذلك إذا أرخ أحدهما دون الآخر: يقضى بينهما بالدار، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: يقضى لأسبقهما تاريخاً، وإن ادعيا تلقي الملك من جهة اثنين فكذلك الجواب على التفصيل الذي قلت فيما إذا ادعيا التلقي من جهة واحدة. أنقروي في آخر دعوى الشراء والبيع.

ادعيا عيناً شراء من اثنين والعين في يد أحدهما.

(٣٣) لم يؤرخا: يقضى للخارج. (٣٤) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى للخارج.

(٣٥) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: يقضى لأسبقهما. (٣٦) أو أرخ أحدهما لا الآخر[1]: يقضى للخارج إذا ادعيا تلقي الملك من رجلين والدار في يد أحدهما فإنه يقضى للخارج، سواء أرخا أو لم يؤرخا أو أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر، إلا إذا كان تاريخ صاحب اليد أسبق. خلاصة من الثالث عشر من كتاب الدعوى.

وفي البزازية: عبد في يد رجل برهن رجل على أنه كان لفلان اشتراه منه عشرة أيام وبرهن ذو اليد على أنه كان لآخر اشتراه منه منذ شهر بكذا وسمى، فعلى قول الثاني في قوله الثاني هو لأسبقهما تاريخاً وهو ذو اليد. وقال محمد في قوله الآخر: هو للمدعي، وعلى قياس قول الثاني أولاً هو للمدعي اهـ.

أقول: فعلى هذا ينبغي أن يفتى لأسبقهما تاريخاً، كما لو ادعيا الشراء من واحد، لأن العمل بظاهر الرواية أولى.

ادعيا عيناً شراء من واحد والعين في يد ثالث:

(٣٧) لم يؤرخا: يقضى بينهما نصفين. (٣٨) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى للخارج. (٣٩) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: يقضى لأسبقهما (٤٠) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى للخارج، وإن ادعيا الشراء من واحد ولم يؤرخا أو أرخا سواء فهو بينهما نصفين لاستوائهما في الحجة، وإن أرخا وأحدهما أسبق يقضى لأسبقهما اتفاقاً، وإن أرخ أحدهما: أي وهما خارجان لا الآخر فهو للمؤرخ اتفاقاً. من الفصولين من الثامن.

ولو ادعيا الشراء والدار في يد ثالث، إن ادعى كل واحد منهما الشراء من صاحب اليد ولم يؤرخا وأقاما البينة يقضى بينهما نصفين لكل واحد منهما النصف بنصف الثمن، ولهما الخيار: إن شاء قبض كل واحد منهما النصف بنصف الثمن، وإن شاء ترك، فإن ترك أحدهما: إن ترك قبل القضاء فللآخر أن يأخذه بجميع الثمن بلا خيار، وإن ترك بعد القضاء لا يقبض إلا النصف بنصف الثمن. ولو ادعيا الشراء من غير صاحب اليد فهي بينهما نصفين، هذا إذا لم يؤرخا أو أرخا تاريخاً واحداً، ولو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فأسبقهما تاريخاً أولى بالإجماع، فإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر يقضى لصاحب التاريخ خلاصة من الثالث عشر من الدعوى. ولو كان المبيع في يد بائعه فبرهن أحدهما على

(١) في ط (قوله وإن أرخ أحدهما لا الآخر الخ) أقول: أي وهما خارجان والبائع واحد وذكر في الفصولين بعد ورقة: ولو أرخ أحدهما فقط فهو أولى، إذ وقت الساكت يحتمل فلا ينقض قبضه بالشك، ولو كان المبيع في يد بائعه وللآخر تاريخ فالمؤرخ أولى إذ لا منازع له في وقته، فرجحه إذ هو قبله فرجحه إذ هو لها. انتهى. ولكن لم نر فيما ذكره بعد ورقة كون العين في أيديهما، وقوله بعده ورقة في يد أحدهما فقط لأن وضع ما هنا فيما إذا كان المبيع في يد ثالث وتعرض له أيضاً والمعرض في الكل أن البائع واحد

الشراء وأنه قبضه منذ شهر وبرهن آخر على الشراء وأنه قبضه منذ عشرة أيام فذو الوقت الأول أولى. جامع الفصولين.

ادعيا شراء من واحد والعين في أيديهما:

(٤١) لم يؤرخا: يقضى بينهما نصفين. (٤٢) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى بينهما نصفين. (٤٣) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: يقضى لأسبقهما. (٤٤) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى بينهما نصفين. وإن ادعيا الشراء من واحد والعين في أيديهما فهو بينهما، إلا إذا أرخا وأحدهما أسبق فحينئذ يقضى لأسبقهما. من جامع الفصولين من الثامن ملخصاً.

إذا ادعيا تلقي الملك من جهة واحدة ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء: يقضى بالعين بينهما، وكذلك إذا أرخ أحدهما دون الآخر: يقضى بينهما، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما تاريخاً. في الرابع من دعوى المحيط.

وفي باب بيان اختلاف البينات في البيع والشراء من دعوى المحيط: إن كانت العين في أيديهما يقضى بينهما في الفصول، إلا إذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق. وفي غاية البيان عن مبسوط خواهر زاده: إن كانت العين في أيديهما إن لم يؤرخا أو أرخ سواء أو أرخ أحدهما دون الآخر: يقضى بينهما نصفين، أما في الأولين فلا إشكال فيه. وأما إذا أرخ أحدهما دون الآخر فكذلك يقضى بينهما نصفين، لأنه لا عبرة للتاريخ حالة الانفراد إذا كانت العين المؤرخ بيدهما معاً؛ ألا ترى أنه لو كان في يد أحدهما فأرخ الخارج لا يكون تاريخ أحدهما عبرة لا تنقض يد ذي اليد بالاحتمال، فكذا لا يكون التاريخ عبرة إذا كان في أيديهما حتى لا ينقض ما يثبت من يد الآخر في النصف، وإن لم يكن للتاريخ حالة الانفراد عبرة بمقابلة اليد صار وجود التاريخ وعدمه بمنزلة، ولو عدم: يقضى بالدار بينهما نصفين. من هامش الأنقروي في أول دعوى الشراء والبيع.

ادعيا عيناً شراء من واحد والعين في يد أحدهما:

(٤٥) لم يؤرخا: يقضى لذي اليد. (٤٦) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى لذي اليد. (٤٧) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: يقضى لأسبقهما. (٤٨) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى لذي اليد. وإن ادعيا الشراء من واحد والعين في يد أحدهما فهو لذي اليد سواء أرخ أو لم يؤرخ، إلا إذا أرخا وتاريخ الخارج أسبق فيقضى به للخارج في أول الفصل الثامن من الفصولين.

وفيه في أواسط الفصل المذكور: ولو ادعى الخارج وذو اليد بسبب بهذا السبب نحو شراء وإرث وشبهه، فلا يخلو إما أن يدعيا تلقي الملك من جهة واحد أو من جهة اثنين: فلو ادعياه من جهة واحد وبرهنا حكم به لذي اليد لو لم يؤرخا أو أرخا سواء، فلو أرخا

وتاريخ أحدهما أسبق فهو أولى، ولو أرخ أحدهما فذو اليد أولى، إذ وقت الساكت محتمل فلا ينقض قبضه بشك اهـ. وفيه أيضاً في المحل المزبور بإشارة المبسوط: وأجمعوا أن الخارج وذا اليد لو أثبتا الشراء من واحد وأرخ أحدهما لا الآخر فذو التاريخ أولى (فش) ذو اليد أولى (فث) إذ تاريخ الخارج في حقه مخبر به والقبض في حق ذي اليد معاين، وهو دليل على سبق عقده، والمعاينة أقوى من الخبر إلا إذا أرخا وتاريخ الخارج أسبق يحكم للخارج اهـ.

وفيه بعده مسألة: ولو برهن من ليس بيده على أنه قبضه منذ شهر وبرهن ذو اليد على قبضه بلا توقيت أو برهن على الشراء ولم يذكر شهوده القبض فالمبيع له، إذ يده في الحال تدل على ما سبق قبضه وقد ثبت له التاريخ ضمناً ولا يدري أنه قبل قبض الخارج أو بعده فلغت البينتان، وترجح ذو اليد بيده القائمة في الحال اهـ.

ادعيا عيناً أحدهما ملكاً مطلقاً والآخر نتاجاً والعين في يد ثالث:

(٤٩) لم يؤرخا: يقضى لصاحب النتاج. (٥٠) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى لصاحب النتاج. (٥١) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: يقضى لصاحب النتاج. (٥٢) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى لصاحب النتاج.

ادعيا عيناً ملكاً مطلقاً والآخر نتاجاً والعين في أيديهما:

(٥٣) لم يؤرخا: يقضى لصاحب النتاج. (٥٤) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى لصاحب النتاج. (٥٥) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: يقضى لصاحب النتاج. (٥٦) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى لصاحب النتاج.

ادعيا عيناً أحدهما ملكاً مطلقاً والآخر نتاجاً والعين في أيديهما:

(٥٧) لم يؤرخا: يقضى لصاحب النتاج. (٥٨) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى لصالح النتاج. (٥٩) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: يقضى لصاحب النتاج. (٦٠) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى لصاحب النتاج.

في باب دعوى الرجلين من الدرر والغرر: ولو برهن أحدهما من الخارج وذي اليد على الملك المطلق والآخر على النتاج فذو النتاج أولى.

وفي الباب المزبور من الملتقى: ولو برهنا على الملك والآخر على النتاج فهو أولى، وكذا لو كانا خارجين اهـ.

وفي باب ما يدعيه الرجلان من شرح المجمع: لو أقام أحد المدعيين بينة على الملك والآخر على النتاج قدم صاحب النتاج سواء كان خارجاً أو ذا يد، لأن صاحب النتاج يثبت أولية الملك فلا يملكه الغير إلا بالتلقي منه اهـ.

وقال أبو السعود العمادي في تحريراته: قد علم من هذه النقول أنه لا فرق في أولوية صاحب النتاج بين أن تكون العين في يد أحدهما أو في يد ثالث، فإن كانت العين في يدهما فكذلك صاحب النتاج أولى، لأن كل واحد من صاحبي اليد ذو يد في نصفه وخارج في النصف الآخر كذي اليد مع الخارج.

والحاصل: إذا برهن المدعيان أحدهما على الملك المطلق والآخر على النتاج تقدم بينة النتاج، سواء كان العين في يد أحدهما أو في يدهما أو في يد ثالث كما بين في الأصول اهـ.

وقال في البحر الرائق في القضاء: أطلقوا هذه العبارة وهي قولهم: تقدم بينة النتاج على بينة الملك المطلق، فشمل ما إذا أرخا واستويا أو سبق أحدهما أو أرخ أحدهما أو لم يؤرخا أصلاً، فلا اعتبار للتاريخ مع النتاج إلا من أرخ تاريخاً مستحيلاً بأن لم يوافق سن المدعي لوقت ذي اليد ووافق وقت الخارج فحينئذ يحكم للخارج، ولو خالف سنه للوقتين لغت البينتان عند عامة المشايخ ويترك في يد ذي اليد على ما كان. والنتاج بكسر النون: ولادة الحيوان ووضعه عند من نتجت عنده مالبناء للمفعول ولدت ووضعت كما في المغرب، والمراد: ولادته في ملكه أو ملك بائعه أو مورثه اهـ. والمراد لكون التاريخ مستحيلاً في دعوى النتاج عدم موافقة التاريخ لسن المولود.

ودعوى النتاج دعوى سبب الملك بالولادة في ملكه، لأن سبب ذلك نوعان: **أحدهما**: لا يمكن تكرره والثاني: يمكن تكرره، فما لا يمكن تكرره هو النتاج، فوقوع النتاج في الخارج مرتين محال: يعني لا يتصور عود الولد إلى بطن أمه ثم خروجه مرة بعد أخرى، فإذا كان الأمر كذلك الولد لا يعاد ولادته بعد الولادة مرة أخرى، وما كان من النتاج كذلك ولا يصنع مرة أخرى بعد نقضه فلا يكون نحو النتاج[1] كما صرح به في الفصولات اهـ. فدعوى النتاج دعوى ما لا يتكرر كما صرح به قاضيخان في آخر دعوى المنقول، ودعوى النتاج دعوى أولية الملك كما ذكروا في آخر الفصل الثامن من الفصولين، فيكون كل دعوى أولية الملك كالنتاج، وعلى هذا اتفاق الأئمة الفحول في الفروع والأصول كما حققه جوي زاده[2]. فكل سبب للملك من النتاج ما لا يتكرر: يعني لا يعاد ولا يصنع مرة بعد أخرى بعد نقضه فهو في معنى النتاج، ودعوى الملك بهذا السبب كدعواه بالنتاج فإن مثله في عدم التكرر فحكمه كحكمه في جميع أحكامه، وأما كل

---

(١) في ط (قوله فلا يكون نحو النتاج) لعله سقط قبله (وما كان من النتاج يصنع مرة بعد نقضه) ليوافق كلامه الآتي وبالجملة فليحرر هذا المقام.

(٢) في ط نسخة خواهر زاده.

سبب للملك من النتاج ما يتكرر: يعني يعاد ويصنع مرة بعد أخرى بعد نقضه: فهو لا يكون بمعنى النتاج بل يكون في منزلة الملك المطلق كما صرح به في المحيط والمبسوط والزيلعي والظهيرية وغيرها اهـ.

مثال ما لا يتكرر كنسج ثياب قطنية أو كتانية لا تنسج إلا مرة، فنسج ثوب قطن أو كتان سبب للملك لا يتكرر فهو كالنتاج، فلو أقام خارج وذو يد على أن هذا الثوب ملكه وأنه نسج عنده في ملكه كان ذو اليد أولى كما في الخانية والبزازية وغيرهما اهـ. وكحلب لبن فحلب لبن سبب للملك لا يتكرر فهو كالنتاج، فلو برهن كل من خارج وذي يد على أن هذا اللبن حلب في ملكه كان ذو اليد أولى كما نقله شارح الملتقى. وحدثني عثمان أفندي الأسكوبي.

ومثال ما يتكرر كالمنطقة المصنوعة من الذهب والفضة وغيرهما كالبناء والشجر المغروس والبرّ المزروع وسائر الحبوب ونحوها مثلاً فهو مما يتكرر ويعاد له بعد النقض مرة أخرى، فلو برهن كل من الخارج وذي اليد أن المنطقة صنعت في ملكه وأن الشجر المغروس له في ملكه وأن البرّ له زرعه والحبوب المملوكة له كان الخارج أولى؛ لاحتمال أن الخارج فعله أولاً ثم غصبه ذو اليد منه ونقضه وفعل ثانياً فيكون ملكاً له بهذا الطريق، فلم يكن في معنى النتاج بل يكون بمنزلة الملك المطلق كما ذكره ابن ملك عن المجمع، فإن الذهب المصنوع والفضة المصنوعة والبناء ينقض ويعاد ثانياً، والشجر يغرس ثم يقطع من الأرض ويغرس ثانياً، والحبوب تزرع ثم تغربل مع التراب فتميز ثم تزرع ثانياً، وكذلك المصحف الشريف مما يتكرر، فلو أقام كل من الخارج وذي اليد البينة أنه مصحفه كتبه في ملكه فإنه يقضى به للمدعي، لأن الكتابة مما يتكرر يكتب ثم يمحى ثم يكتب كما في دعوى المنقول من قاضيخان.

وفي الخلاصة في الثالث عشر من الدعوى: أما السيف فمنه ما يضرب مرتين ومنه ما يضرب مرة واحدة فيسأل علماء الصياقلة، إن قالوا يضرب مرتين يقضى للمدعي، وإن قالوا مرة يقضى لذي اليد، فإن أشكل عليهم أو اختلفوا: ففي رواية أبي سليمان: يقضى به لذي اليد، وفي رواية حفص: يقضى للخارج.

وفي الوجيز للسرخسي: وإن كان مشكلاً فالأصح أنه ملحق بالنتاج اهـ. وفي الدرر. فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة لأنهم أعرف به، فإن أشكل عليهم قضى به للخارج، لأن القضاء ببينة هو الأصل والعدول عنه بحديث النتاج، فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل اهـ.

ادعيا عيناً نتاجاً والعين في يد ثالث:

(٦١) لم يؤرخا: إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر: قضي به بينهما نصفين، وإن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق: يقضى به بينهما نصفين. (٦٢) أو أرخا تاريخاً واحداً: إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من النتاج: يقضى به بينهما نصفين، ولا يعتبر التاريخ فيه إن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق إن وافق سن المولود للوقت الذي ذكر قضي به بينهما، وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما قضي به بينهما كذلك نصفين، وإن خالف منه الوقت الذي ذكرا بطلت البينتان عند البعض ويقضى به بينهما عند البعض، وهو الأصح على ما قاله الزيلعي وحققه صاحب الدرر. (٦٣) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من النتاج: يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه؛ وإن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق: إن وافق سن المولود لتاريخ أحدهما قضي به لمن وافق سنه وقته، وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما: يقضى بينهما نصفين، وإن أشكل على أحدهما: قضي به لمن أشكل عليه، وإن خالف للوقتين بطلت البينتان عند البعض، وهو الأصح على ما قاله الزيلعي وحققه صاحب الدرر. وإن خالف سن المولود لأحد الوقتين: قضي به للآخر. (٦٤) أو أرخ أحدهما لا الآخر: إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من النتاج: يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه، وإن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان أو الرقيق: إن وافق سن المولود التاريخ المؤرخ قضي به للمؤرخ، وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما يقضى به بينهما نصفين، وإن خالف منه لوقت المؤرخ: يقضى به لمن لم يؤرخ، لأنه إذا كان سن الدابة مخالفاً لأحد الوقتين وهو مشكل في الوقت الآخر: قضي بها لمن أشكل عليه وهو من لم يؤرخ.

ادعيا نتاجا والعين في أيديهما[1]

(٦٥) لم يؤرخا: إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من النتاج: يقضى به بينهما نصفين، وإن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق: يقضى به بينهما نصفين. (٦٦) أو أرخا تاريخاً واحداً: وإن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من النتاج: يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه، وإن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق: إن وافق سن المولود للوقت الذي ذكر: قضي به بينهما، وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما: قضي به بينهما كذلك نصفين، وإن خالف منه للوقت الذي ذكرا بطلت البينتان عند البعض ويقضى به بينهما عند البعض، وهو الأصح على ما قاله الزيلعي وحققه صاحب الدرر. (٦٧) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: إن ادعيا بسبب

(١) في هذا حكم صاحب اليد في النتاج كحكم الخارجين معه.

. . . .

عملهما فيما لا يتكرر من النتاج. يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه، وإن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق: إن وافق سن المولود لتاريخ أحدهما: قضى به لمن وافق سنه وقته، وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما: يقضى بينهما نصفين، وإن أشكل على واحد منهما: قضى به لمن أشكل عليه، وإن خالف سنه للوقتين بطلت البينتان عند البعض، وهو الأصح على ما قاله الزيلعي وحققه صاحب الدرر. وإن خالف سن المولود لأحد الوقتين: قضى به للآخر. (٦٨) أو أرخ أحدهما لا الآخر، إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من النتاج: يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه، وإن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق: إن وافق سن المولود لتاريخ المؤرخ قضى به للمؤرخ، وإن لم يوافق بأن أشكل: يقضى بينهما نصفين، وإن خالف الوقت المؤرخ: يقضى به لمن لم يؤرخ انتهى. لأنه إذا كان سن الدابة مخالفاً لأحد الوقتين وهو أشكل للوقت الآخر: قضى به لمن أشكل عليه وهو من لم يؤرخ.

في أواخر الفصل الثامن من الفصولين: التاريخ في دعوى النتاج لغو على كل حال أرخا سواء أو مختلفين أو لم يؤرخا أو أرخ أحدهما فقط انتهى.

وفيه: برهن الخارجان على النتاج: فلو لم يؤرخا أو أرخا سواء أو أرخ أحدهما لا الآخر فهو بينهما لفقد المرجح، ولو أرخا وأحدهما أسبق: فلو وافق سنه لأحدهما فهو له لظهور كذب الآخر، ولو خالفهما أو أشكل فهو بينهما لأنه لم يثبت الوقت فكأنهما لم يؤرخا. وقيل فيما خالفهما بطلت البينتان لظهور كذبهما فلا يقضى لهما اهـ.

واعلم أنه إذا تنازعا في دابة وبرهنا على النتاج عنده أو عند بائعه ولم يؤرخا يحكم بها لذي اليد إن كانت في يد أحدهما، أو يحكم لهما إن كانت في أيديهما أو في يد ثالث كما ذكره الزيلعي.

وفي الثامن عشر من دعوى التاترخانية: وإن أرخا سواء ينظر إلى سن الدابة إن كان موافقاً للوقت الذي ذكرا يقضى بها بينهما، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لصاحب الوقت الذي سن الدابة عليه اهـ: يعني قضى لمن وافق سنها وقته، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر ووافق سن الدابة الوقت المؤرخ: قضى به للمؤرخ أيضاً، لأنه إذا كان أحدهما أسبق قضى به لمن وافق سنها وقته، فإذا كان الأمر كذلك: إن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر كان وقت غير المؤرخ مبهماً لعدم ذكر التاريخ، فإن فرض المؤرخ سابقاً أو غير سابق يستقيم على صورة مسألة سبق أحد التاريخين، وفي ذلك قضى لمن وافق سنها، فهنا كذلك تقضى للمؤرخ لموافقة تاريخه سنها، وإن فرض المؤرخ مساوياً لغير المؤرخ قضى للمؤرخ أيضاً لأن في موافقة غير المؤرخ شكاً فلا يعارضه لموافقته المؤرخ. كذا حققه جوي زاده في

تحريراته اهـ. فلا فرق للقضاء لمن وافق سنها بين أن تكون الدابة في يد أحدهما أو في يديهما أو في يد ثالث لأن المعنى لا يختلف، وإن خالف سنها للوقتين أو أشكل يقضى بها بينهما إن كانت في أيديهما أو في يد ثالث. وإن كانت في يد أحدهما: قضي بها لذي اليد كما حققه صاحب الدرر نقلاً عن الزيلعي وأيده بقوله وهو الأصح اهـ.

ثم اعلم أن هذا إذا كان سن الدابة مخالفاً للوقتين، أما إذا كان سن الدابة مخالفاً لأحد الوقتين وهو مشكل في الوقت الآخر: قضي بالدابة لصاحب الوقت الذي أشكل سن الدابة عليه. كذا في الثاني عشر من دعوى التاتارخانية اهـ. هذا إن أرخا كلاهما. وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر وكان سن الدابة مخالفاً لتاريخ المؤرخ: يقضى لمن لم يؤرخ لأنه بالطريق الأولى في أن يكون مشكلاً على من لم يؤرخ؛ لأن من لم يؤرخ أبهم وقته فتحقق الإشكال بينه وبين سن الدابة بالطريق الأولى، فيقضى بالدابة لمن أشكل عليه سن الدابة وهو من لم يؤرخ. كذا حققه جوي زاده في تحريراته انتهى. وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر وكان سن الدابة مشكلاً عليهما قضي بينهما كما في الثاني عشر والثالث عشر من دعوى التاتارخانية انتهى. هذا إذا كانت الدابة في أيديهما أو في يد ثالث. وأما إذا كانت في يد أحدهما قضي بها لذي اليد إن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر وكان سن الدابة مشكلاً عليهما كما حققه جوي زاده في تحريراته. والمراد من المخالفة بين السن والوقتين كون الدابة أكبر من الوقتين أو أصغر منهما كما في الثامن عشر من دعوى المحيط.

وفي عبارة دعوى التتمة في فصل ما يترجح به إحدى البينتين: إذا كان سن الدابة دون الوقتين أو فوقهما يكون مخالفاً للوقتين، والمراد بالإشكال عدم ظهور سن الدابة كما قال ابن ملك على المجمع في باب ما يدعيه الرجلان، فإن أشكل: أي إن لم يظهر سن الدابة اهـ.

واختلفت عبارات بعض النسخ فيما إذا خالف سن الدابة للوقتين. قال في الهداية في باب ما يدعيه الرجلان: وإن خالف سن الدابة للوقتين بطلت البينتان. كذا ذكره الحاكم وتبعه في الكافي والنهاية وغاية البيان والبدائع. وقال محمد: والأصح أن تكون الدابة بينهما، لأنه إذا خالف سن الدابة للوقتين أو أشكل يسقط اعتبار ذكر الوقت فينظر إلى مقصودهما وهو إثبات الملك في الدابة وقد استويا في الدعوى والحجة فوجب القضاء بها بينهما نصفين. كذا في الكافي كما حققه جوي زاده في تحريراته.

وفي آخر الفصل الثاني من الفصولين: التاريخ في دعوى النتاج لغو على كل حال أرخا سواء أو مختلفين أو لم يؤرخا أو أرخ أحدهما فقط. قال المولى قاضي زاده أخذاً من كلام صاحب الدرر والبدائع: بأن مخالفة السن للوقتين مكذب الوقتين لا مكذب البينتين،

فاللازم منه سقوط اعتبار ذلك الوقت لا سقوط اعتبار أصل البينتين، لأنا لم نتيقن بكذب إحدى البينتين لجواز أن يكون سن الدابة موافقاً للوقتين ولا يعرف الناظر كما أشار إليه السرخسي في مبسوطه. وقد يشاهد أن بعض أهل النظر نظر في سن فرس وقال إن سنه اثنان ونصف وكان سنه ثلاثاً ونصفاً.

فإذا تقرر هذا فاعلم أنه إذا لم يثبت الوقت صار كما لو لم يوقت على ذكر شيخ الإسلام الإسبيجابي في شرح الكافي، لأن الأصل عدم اعتبار التاريخ في النتاج كما مر آنفاً من الفصولين كذا حققه جوي زاده في تحريراته.

وقال: قال قاضيخان في أواخر دعوى المنقول: وإن خالف سن الدابة الوقتين: في رواية يقضى لهما، وفي رواية يبطل البينتان اهـ. وكذا في خزانة الأكمل.

وفي الثامن من العمادية. وفي الرابع عشر من الأسروشنية كما في الخانية: والظاهر من كلام قاضيخان أنه رجح القضاء بينهما لأنه قال في أول كتابه: وفيما كثرت فيه الأقاويل من المتأخرين اختصرت على قول أو قولين وقدمت ما هو الأظهر وافتتحت بما هو الأشهر.

وقال الزيلعي في شرح الكنز نقلاً من المبسوط: والأصح أنهما لا تبطلان، بل يقضى بينهما إذا كانا خارجين أو كانت في أيديهما، وإن كانت في يد أحدهما يقضى بها لذي اليد، وهكذا ذكر محمد. وأما ما ذكره الحاكم بقوله بطلت البينتان، وهو قول بعض المشايخ وهو ليس بشيء اهـ. واعتمد صاحب الدرر ما في الزيلعي. وقال كما في الزيلعي: وقول الزيلعي ظاهر الرواية وهو اختيار الأئمة الثلاثة كما في معراج الدراية.

وفي وضاح البحر: الفتوى إذا اختلفت كان الترجيح بظاهر الرواية تمت النقول من تحريرات المرحوم أنقروي أفندي رحمه الله تعالى.

ادعيا عيناً نتاجاً والعين في يد أحدهما:

(٦٩) لم يؤرخا إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من النتاج قضى به لذي اليد، وإن أقام كل منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى. كذا أفتى المولى علي أفندي. وإن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق: قضى به لذي اليد من باب دعوى الرجلين في دعوى الهندية. (٧٠) أو أرخا تاريخاً واحداً، إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع قضى به لصاحب اليد، ولا يعتبر التاريخ فيه إن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق: إن وافق سن المولود للوقت الذي ذكرا: قضى به لذي اليد، وإن لم يوافق بأن أشكل أو خالفهما: قضى به لذي اليد كذلك. (٧١) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع قضى به لصاحب

اليد، ولا يعتبر التاريخ فيه إن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق، إن وافق سن الدابة لتاريخ أحدهما: قضى به لمن وافق سنه، وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما: قضى به لذي اليد، وإن أشكل على أحدهما: قضى به لمن أشكل عليه، وإن خالف سنه للوقتين: قضى به لذي اليد، وإن خالف لأحد الوقتين: قضى به للآخر. (٧٣) أو أرخ أحدهما لا الآخر: إن ادعيا أن الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع قضى به لصاحب اليد، ولا يعتبر التاريخ فيه إن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق: إن وافق سن المولود لتاريخ المؤرخ: قضى به للمؤرخ، وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما: قضى به لذي اليد، وإن خالف سنه لوقت المؤرخ: يقضى به لمن لم يؤرخ؛ لأنه إذا كان سن الدابة مخالفاً لأحد الوقتين وهو مشكل في الوقت الآخر: قضى به لمن أشكل عليه وهو من لم يؤرخ.

قال محمد في الأصل: إذا ادعى الرجل دابة في يد إنسان أنها ملكه نتجت عنده وأقام بينة عليه وأقام صاحب اليد بينة بمثل ذلك القياس يقضى بها للخارج.

وفي الاستحسان: يقضى به لصاحب اليد سواء أقام صاحب اليد البينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج أو بعده. وفي الهداية: وهذا هو الصحيح في أوائل الثاني عشر من دعوى التاترخانية. هذا إذا لم يؤرخا، وإن أرخا قضى بها لصاحب اليد، إلا إذا كان سن الدابة مخالفاً لوقت صاحب اليد موافقاً لوقت الخارج فحينئذ يقضى للخارج في الثاني عشر من دعوى المحيط. ولا عبرة للتاريخ مع النتاج إلا إذا أرخا وقتين مختلفين ووافق سن الدابة تاريخ الخارج فإنه يقضى بها للخارج. وإن وافق تاريخ ذي اليد أو كان مشكلاً أو خالفهما: قضى بها لذي اليد كما في دعوى الوجيز. فاعلم هذا إذا كان سن الدابة مخالفاً للوقتين. أما إذا كان سن الدابة مخالفاً لأحد الوقتين فلا يخلو من أن يكون موافقاً أو مخالفاً أو مشكلاً للآخر: فإن كان موافقاً فكما مر حكمه آنفاً قضى لمن وافق، وإن كان مخالفاً للوقتين قضى بها لذي اليد كما مر، وإن كان مشكلاً قضى بها لمن أشكل عليه لما ذكر في التاترخانية والمحيط مطلقاً إذا كان سن الدابة مخالفاً لأحد الوقتين وهو مشكل في الوقت الآخر قضى بالدابة لصاحب الوقت الذي أشكل سن الدابة عليه اهـ. هذا إذا كانا أرخا كلاهما، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر وكان سن الدابة مخالفاً لتاريخ المؤرخ يقضى لمن لم يؤرخ، لأنه بالطريق الأولى من أن يكون مشكلاً على من لم يؤرخ، لأن من لم يؤرخ أبهم وقته فتحقق الإشكال به وبين سنة الدابة بالطريق الأولى فيقضى بالدابة لمن أشكل عليه سن الدابة وهو من لم يؤرخ، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر وكان سن الدابة مشكلاً عليهما: قضى بها لذي اليد كما حققه جوي زاده اهـ.

وفي باب دعوى الرجلين في ملتقى الأبحر: وإن برهن خارج وذو اليد على النتاج فذو اليد أولى، وكذا لو برهن كل من تلقى الملك من آخر على النتاج عنده اهـ. يعني لو كان النتاج ونحوه عند بائعه فذو اليد أولى، كما لو كان النتاج ونحوه عند نفسه، فإن كلاً منهما إذا تلقى الملك من رجل وأقام البينة على سبب ملك عنده لا يتكرر فهو بمنزلة من أقامها على ذلك السبب عند نفسه، لأن بينة ذي اليد قامت على أولية الملك فلا يثبت للخارج إلا بالتلقي منه كما صرح به في الدرر والغرر في باب دعوى الرجلين اهـ.

وفي الهداية في باب ما يدعيه الرجلان: ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل على حدة وأقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة إقامتها على النتاج عند نفسه اهـ. وسواء تلقى كل واحد منهما بشراء أو إرث أو هبة أو صدقة مقبوضتين كما أشار إليه في الثامن من شهادات البزازية.

وفي آخر دعوى المنقول من قاضيخان: عبد في يد رجل أقام رجل البينة أنه عبده اشتراه من فلان آخر وأنه ولد في ملك بائعه فلان فإنه يقضي بالعبد لذي اليد لأن كل واحد منهما ادعى نتاج بائعه ودعوى نتاج بائعه كدعوى نتاج نفسه فيقضى ببينة ذي اليد انتهى. لأن كل واحد من الخارج وذي اليد خصم في إثبات نتاج بائعه كما أنه خصم في إثبات الملك له، ولو حضر البائعان وأقاما البينة على النتاج كان صاحب النتاج أولى، فكذا من قام مقامهما كما صرح به الزيلعي انتهى

وفي الدرر في باب دعوى الرجلين: قال في الذخيرة: والحاصل أن بينة ذي اليد على النتاج إنما تترجح على بينة الخارج على النتاج أو على مطلق الملك بأن ادعى ذو اليد النتاج وادعى الخارج النتاج، أو ادعى الخارج الملك المطلق إذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلاً نحو الغصب أو الوديعة أو الإجارة أو الرهن أو العارية ونحوها، فأما إذا ادعى الخارج فعلاً مع ذلك فبينة الخارج أولى.

وقال في العمادية بعد نقل كلام الذخيرة: ذكر الفقيه أبو الليث في باب دعوى النتاج من المبسوط ما يخالف المذكور في الذخيرة فقال: دابة في يد رجل أقام آخر بينة أنها دابته آجرها من ذي اليد أو أعارها منه أو رهنها إياه وذو اليد أقام بينة أنها دابته نتجت عنده فإنه يقضي بها لذي اليد لأنه يدعي النتاج والآخر يدعي الإجارة أو الإعارة والنتاج أسبق منهما فيقضى لذي اليد، وهذا خلاف ما نقل عنه اهـ.

وفي البرهاني في الفصل الثاني عشر من كتاب الدعوى: إذا ادعى ذو اليد النتاج وادعى الخارج أنه ملكه غصبه منه ذو اليد كانت بينة الخارج أولى، وكذا إذا ادعى ذو اليد النتاج وادعى الخارج أنه ملكه أجره أو أودعه أو أعاره كانت بينة الخارج أولى.

. . . .

قال شيخ الإسلام: الحاصل أن بينة ذي اليد على النتاج إنما تترجح على بينة الخارج على النتاج أو على الملك المطلق، بأن ادعى ذو اليد النتاج وادعى الخارج الملك المطلق أو النتاج إذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلاً نحو الغصب أو الوديعة أو الإجارة أو الرهن أو العارية أو ما أشبه ذلك. أما إذا ادعى الملك المطلق ومع ذلك فعلاً فبينة الخارج أولى، وأشار محمد ثمة إلى هذا المعنى؛ لأن بينة الخارج في هذه الصورة أكثر إثباتاً انتهى. هكذا في الظهيرية في النوع الثاني من كتاب الدعوى. تمت النقول. وأفتى مشايخنا بمسألة المحيط: يعني يفتى بترجيح بينة الخارج في الصورة المذكورة.

ادعيا ملكاً بسببين مختلفين من واحد والعين في يد ثالث[1]:

(٧٣) لم يؤرخا: يقضى لمدعي الشراء. (٧٤) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى لمدعي الشراء. (٧٥) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: يقضى للأسبق. (٧٦) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى للمؤرخ.

ادعيا ملكاً بسببين مختلفين من واحد والعين في يدهما[2]:

(٧٧) لم يؤرخا: يقضى بينهما. (٧٨) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى بينهما. (٧٩) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: يقضى للأسبق. (٨٠) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى بينهما.

ادعيا ملكاً بسببين من واحد والعين في يد أحدهما[3]:

(٨١) لم يؤرخا: يقضى لذي اليد. (٨٢) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى لذي اليد. (٨٣) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: يقضى للأسبق. (٨٤) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى لذي اليد.

ادعيا ملكاً بسببين مختلفين من اثنين والعين في يد ثالث[4]:

(٨٥) لم يؤرخا: يقضى بينهما كما في الملك المطلق. (٨٦) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضى بينهما كما في الملك المطلق. (٨٧) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق عند الإمامين: يقضى للأسبق. وعند محمد: يقضى بينهما كما في الملك المطلق. ومشايخنا أفتوا على قول الإمامين. (٨٨) أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضى بينهما عند أبي حنيفة، وعند أبي

---

(١) في ط بأن ادعى أحدهما شراءه من زيد والآخر رهناً أو هبة منه.
(٢) في ط بأن ادعى أحدهما شراءه من زيد والآخر رهناً أو هبة منه.
(٣) في ط بأن ادعى أحدهما شراءه من زيد والآخر رهناً أو هبة منه.
(٤) في ط بأن ادعى أحدهما شراءه من زيد والآخر هبة من عمرو منه.

يوسف: يقضي للمؤرخ. وعند محمد: لمن أطلق كما في الملك المطلق. ومشايخنا أفتوا على قول أبي حنيفة.

ادعيا ملكاً بسببين مختلفين من اثنين والعين في يدهما:

(٨٩) لم يؤرخا: يقضي بينهما كما في الملك المطلق. (٩٠) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضي بينهما كما في الملك المطلق. (٩١) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق. عند الإمامين: يقضي للأسبق. وعند محمد: يقضي بينهما كما في الملك المطلق. ومشايخنا أفتوا على قول الإمامين. (٩٢) أو أرخ أحدهما لا الآخر عند أبي حنيفة: يقضي بينهما. وعند أبي يوسف: يقضي للمؤرخ. وعند محمد: لمن أطلق كما في الملك المطلق. ومشايخنا أفتوا على قول أبي حنيفة.

ادعيا ملكاً بسببين مختلفين من اثنين والعين في يد أحدهما:

(٩٣) لم يؤرخا: يقضي للخارج كما في الملك المطلق. (٩٤) أو أرخا تاريخاً واحداً: يقضي للخارج كما في الملك المطلق. (٩٥) أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق عند الإمامين: يقضي للأسبق. وعند محمد: يقضي للخارج كما في الملك المطلق. ومشايخنا أفتوا على قول الإمامين. (٩٦) أو أرخ أحدهما لا الآخر: عند محمد: يقضي للخارج. وعند أبي يوسف: يقضي للمؤرخ كما في الملك المطلق. ومشايخنا أفتوا على قول محمد.

ادعيا عيناً في يد آخر فبرهن أحدهما أنه اشتراه من زيد وبرهن الآخر أنه ارتهنه من زيد ولم يؤرخا أو أرخا سواء فالشراء أولى، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ أولى. ولو أرخا وأحدهما أقدم فهو أولى، ولو كانت العين في يد أحدهما فهو أولى، إلا إذا سبق تاريخ الخارج فهو للخارج، ولو ادعى أحدهما هبة وقبضاً من زيد وادعى الآخر شراء من زيد ولم يؤرخا أو أرخا سواء فالشراء أولى، وكذا جميع ما مر في الرهن. ولو كانت العين بيدهما فهو بينهما، إلا أن يؤرخ وأحدهما أقدم فهو أولى، والصدقة مع الشراء كالهبة مع الشراء، ولو اجتمعت الهبتان فحكمه حكم ما اجتمع الشراءان.

في أواخر الفصل الثامن من الفصولين: وإذا اجتمعت الهبة مع القبض والصدقة [١] مع القبض فالجواب فيه كالجواب فيما إذا اجتمع الشراءان. من أنقروي.

في دعوى الرجلين بسببين مختلفين من كتاب الدعوى نقلاً في الرابع من دعوى التاتارخانية.

---

(١) في نظ أقول: تدخل في الصدقة دعوى الوقف، بأن ادعى زيد هبة من والده وادعى آخر وقفاً منه وأرخ الأول لا الثاني، والحكم العمل بينة ذي التاريخ. تأمل (غير معين).

(أو شراء مؤرخ من واحد) غير ذي يد (أو) برهن، (خارج على ملك مؤرخ

هذا لو ادعيا تلقي الملك من جهة واحد بسببين مختلفين، فلو ادعياه من جهة اثنين بسببين مختلفين، بأن ادعى أحدهما هبة والآخر شراء: لو كانت العين بيد ثالث أو بيدهما أو بيد أحدهما فحكمه كحكم ما إذا ادعيا ملكاً مطلقاً، إذ كل منهما يثبت الملك المطلق لملكه ثم يثبت الانتقال إلى نفسه، فكأن المملكين ادعيا ملكاً مطلقاً وبرهنا، ففي كل موضع ذكرنا في دعوى الملك المطلق أنه يقضى بينهما فكذا هنا، كذا فا. وفي يس: عين بيده وبرهن آخر أنه شراه من زيد وبرهن آخر أن بكراً وهبه فهو بينهما، ولو برهنا على التلقي من واحد فالشراء أولى إذا تصادقا، على أنه لواحد فبقي النزاع في السبق فالشراء أسبق، لأنه لما لم يبين سبق أحدهما جعلا كأنهما وافقا معاً، ولو تقارنا كان الشراء أسرع نفاذاً من الهبة لأنها لا تصح إلا بقبض والبيع يصح بدونه.

هذا، وإن ادعى أحدهما الشراء من زيد والآخر هبة وقبضا من الآخر والعين في يد ثالث: قضى بينهما، وكذا لو ادعى ثالث ميراثاً عن أبيه وادعى رابع صدقة وقبضا من آخر: قضى بينهم أرباعاً عند استواء الحجة إذ تلقوا الملك من مملكهم فكأنهم حضروا وبرهنوا على الملك المطلق. فصولين من أواخر الثامن.

وإن ادعى أحدهما شراء من زيد والآخر الهبة من الآخر والعين في يد ثالث: قضى بينهما، وكذا إن ادعى ثالث ميراثاً من أبيه وادعى رابع صدقة من آخر: قضى بينهم أرباعاً، وإن كانت العين في يد أحدهما: يقضى للخارج إلا في أسبق التاريخ، وإن كان في أيديهما: يقضى بينهما إلا في أسبق التاريخ فهو له، وهذا إذا كان المدعي مما لا يقسم كالعبد والدابة. وأما ما يقسم كالدار والعقار فإنه يقضى لمدعي الشراء. أنقروي. وإنما يصح أن يقضى بينهما لو كان المدعي مما لا يحتمل القسمة، أما المحتمل فيقضي بكله لمدعي الشراء. والصحيح في الهبة أن يقضى بينهما احتمل القسمة أو لا، إذ الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة والصدقة في الصحيح ويفسد الرهن. كذا في أواخر الفصل الثامن من الفصولين. وهذه آخر ما وجدته ونقلته من نسخة محرفة تحريفاً كلياً بعد أن صححت ما ظهر لي من الغلط بالرجوع إلى أصوله التي هي في يدي ومتى ظفرت ببقية الأصول المنقول عنها ثم تصحيحها إن شاء الله تعالى. قوله: (أو شراء مؤرخ) أشار بذكره بعد ذكر الملك إلى أنه لا فرق بين دعوى الملك المطلق والذي بسبب.

قال العيني: وأما الصورة الثانية: أي صورة الشراء فلأنهما لما ادعيا الشراء من شخص واحد فقد اتفقا أن الملك له، فمن أثبت منهما التلقي من جهته في زمان لا يزاحمه فيه أحد كان أولى اهـ. فقوله وإن برهن خارجان الخ يشتمل على ثمان مسائل من الصور المتقدمة. قوله: (من واحد غير ذي يد) إنما قيد به تبعاً للهداية، لأن دعوى الخارجين

وذو يد على ملك مؤرخ أقدم فالسابق أحق، وإن برهنا على شراء متفق تاريخهما) أو مختلف- عيني- وكل يدعي الشراء

الشراء من ذي يد قد تقدمت في قوله ولو برهن خارجان على شيء قضى به لهما فلا فائدة في التعميم. بحر.

وتنبيه: وقيد بالبرهان على التاريخ أي منهما في الأولى، لأنه لو أرخت إحداهما دون الأخرى فهو سواء كما لم يؤرخا عنده. وقال أبو يوسف: المؤرخ أولى. وقال محمد: المبهم أولى، بخلاف ما إذا أرخت إحداهما فقط في الثانية فإن المؤرخ أولى.

والحاصل: أنهما إذا لم يؤرخا أو أرخا واستويا فهي بينهما في المسألتين، وإن أرخا وسبق أحدهما فالسابق أولى فيهما، وإن أرخت إحداهما فقط فهي الأحق في الثانية لا في الأولى، وقدمنا أن دعوى الوقف كدعوى الملك المطلق فيقدم الخارج والأسبق تاريخاً.

قوله: (وذو يد على ملك) قيد بالملك، لأنها لو أقامها على أنها في يده منذ سنتين ولم يشهدا أنها له قضي بها للمدعي، لأنها شهدت باليد لا بالملك. قوله. (فالسابق أحق) لأنه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ولم يتلق الآخر منه، وقيد بالتاريخ منهما لأنه إذا لم يؤرخا أو استويا فهي بينهما في المسألتين الأوليين، وإن سبقت إحداهما فالسابقة أولى فيهما، وإن أرخت إحداهما فقط فهي الأحق في الثانية لا الأولى، وأما في الثالثة فالخارج أولى في الصور الثلاث. وتمامه في البحر. قوله: (متفق) يجوز أن يقرأ بالرفع خبر لمبتدأ محذوف: أي هو: أي الشأن متفق، ويجوز النصب على الحال من فاعل برهنا. قوله: (أو مختلف عيني) ومثله في الزيلعي تبعاً للكافي.

وادعى في البحر أنه سهو، وأنه يقدم الأسبق في دعوى الشراء من شخص واحد فإنه يقدم الأسبق تاريخاً، ورده الرملي بأنه هو الساهي، فإن في المسألة اختلاف الرواية.

ففي جامع الفصولين: ولو برهنا على الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق اختلف الروايات في الكتب فما ذكر في الهداية يشير إلى أنه لا عبرة لسبق التاريخ. وفي المبسوط ما يدل على أن الأسبق أولى، ثم رجح صاحب جامع الفصولين الأول اهـ ملخصاً.

وفي نور العين عن قاضيخان. ادعيا شراء من اثنين يقضى بينهما نصفين. وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو أحق من ظاهر الرواية. وعن محمد: لا يعتبر التاريخ: يعني يقضى بينهما، وإن أرخ أحدهما فقط يقضى بينهما نصفين وفاقاً، فلو لأحدهما يد فالخارج أولى. خلاصة، إلا إذا سبق تاريخ ذي اليد. عمادية.

برهن خارجان على شراء شيء من اثنين وأرخا فهما سواء، لأنهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كأنهما حضرا وادعيا ثم يخير كل منهما كما في مسألة دعوى الخارجين شراء من ذي اليد. كفاية.

(من) رجل (آخر أو وقت أحدهما فقط استويا) إن تعدد البائع، وإن اتحد فذو الوقت أحق، ثم لا بد من ذكر المدعي وشهوده ما يفيد ملك بائعه

لو برهنا على شراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق اختلفت روايات الكتب، فما في الهداية يشير إلى أنه لا عبرة لسبق التاريخ بل يقضي بينهما، وفي المبسوط ما يدل صريحاً أن الأسبق أولى.

يقول الحقير: ويؤيده ما مر عن قاضيخان أنه ظاهر الرواية، فما في الهداية اختيار قول محمد اهـ. ثم قال: ودليل ما في المبسوط وقاضيخان وهو أن الأسبق تاريخاً يضيف الملك إلى نفسه في زمان لا ينازعه غيره أقوى من دليل ما في الهداية وهو أنهما يثبتان الملك لبائعهما فكأنهما حضرا أو ادعيا الملك بلا تاريخ، ووجه قوة الأول غير خاف على من تأمل، ويرجحه أنه ظاهر الرواية اهـ. وكذا بحث في دليل ما في الهداية في الحواشي السعدية فراجعها، وبه علم أن تقييد المصنف باتفاق التاريخ مبني على ظاهر الرواية، فهو أولى مما فعله الشارح متابعاً للدرر وإن وافق الكافي والهداية، وأما الحكم عليه بالسهو كما تقدم عن البحر فمما لا ينبغي. قوله: (من رجل آخر) أي غير الذي يدعي الشراء منه صاحبه. زيلعي. قوله: (استويا) لأنهما في الأول يثبتان الملك لبائعهما فكأنهما حضرا، ولو وقت أحدهما فتوقيته لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم؛ بخلاف ما إذا كان البائع واحداً لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته، فإذا أثبت أحدهما تاريخاً يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره. بحر. ثم قال: وإذا استويا في مسألة الكتاب يقضي به بينهما نصفين ثم يخير كل واحد منهما، إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن، وإن شاء ترك اهـ. قوله: (وإن اتحد الخ) ذكرنا الكلام عليه آنفاً، وتقدمت في هذا الباب في محلها عن السراج. قوله: (ما يفيد ملك بائعه) بأن يشهدوا أنه اشتراها من فلان وهو يملكها

قال في البحر: ثم اعلم أن البينة على الشراء لا تقبل حتى يشهدوا أنه اشتراها من فلان وهو يملكها كما في خزانة الأكمل.

وفي السراج الوهاج: لا تقبل الشهادة على الشراء من فلان حتى يشهدوا أنه باعها منه وهو يومئذ يملكها، أو يشهدوا أنها لهذا المدعي اشتراها من فلان بكذا ونقده الثمن وسلمها إليه، لأن الإنسان قد يبيع مالا يملك لجواز أن يكون وكيلاً أو متعدياً فلا يستحق المشتري الملك بذلك فلا بد من ذكر ملك البائع أو ما يدل عليه اهـ.

قلت: إذا كان البائع وكيلاً فكيف يشهدون بأنه باعها وهو يملكها، فليتأمل اهـ.

أقول: إذا عرف الشهود أن البائع وكيل فالظاهر أنهم يقولون باعها بالوكالة عمن يملكها لأن خصوص وهو يملكها غير لازم.

إن لم يكن المبيع في يد البائع ولو شهدوا بيده فقولان . بزازية (فإن برهن خارج على الملك وذو اليد على الشراء منه) أو برهنا على سبب ملك لا يتكرر

قال في نور العين في آخر الفصل السادس رامزاً للمبسوط: لا تقبل بينة الشراء من الغائب إلا بالشهادة بأحد الثلاثة: إما بملك بائعه بأن يقولوا باع وهو يملكه، وإما بملك مشتريه بأن يقولوا هو للمشتري اشتراه من فلان، وإما بقبضه بأن يقولوا هو للمشتري اشتراه منه وقبضه اهـ.

وفيه رامز الفتاوى القاضي ظهير: ادعى إرثاً ورثه من أبيه وادعى آخر شراءه من الميت وشهودهم شهدوا بأن الميت باعه منه ولم يقولوا باعه منه وهو يملكه، قالوا: لو كانت الدار في يد مدعي الشراء أم مدعي الإرث فالشهادة جائزة لأنها على مجرد البيع، إنما لا تقبل إذا لم تكن الدار في يد المشتري أو الوارث، أما لو كانت فالشهادة بالبيع كالشهادة بيع وملك اهـ.

وفي البحر عن البزازية: إذا كان المبيع في يد البائع تقبل من غير ذكر ملك البائع، وإن كان في يد غيره والمدعي يدعيه لنفسه، إن ذكر المدعي وشهوده أن البائع يملكها أو قالوا سلمها إليه وقال سلمها إليّ أو قال قبضت وقالوا قبض أو قال ملكي اشتريتها منه وهي لي تقبل، فإن شهدوا على الشراء والنقد ولم يذكروا القبض ولا التسليم ولا ملك البائع ولا ملك المشتري لا تقبل الدعوى ولا الشهادة، ولو شهدوا باليد للبائع دون الملك اختلفوا اهـ. قوله: (إن لم يكن المبيع في يد البائع) أي وهو يدعي الشراء منه ويبرهن فإنه لا يحتاج إلى شهادة الشهود بملك البائع لمعاينة وضع يده. قوله: (ولو شهدوا بيده) أي بيد البائع دون الملك: أي والمبيع ليس في يده. قوله: (فقولان) ينبغي أن يعتمد عدم صحة ذلك، لأن اليد تتنوع إلى يد ملك ويد غصب ويد أمانة، وبيان العام لا يحقق الخاص وهو المطلوب الذي هو الملك. تأمل. قوله: (وذو اليد على الشراء منه) صورته: عبد في يد زيد ادعاه بكر أنه ملكه وبرهن عليه وبرهن زيد على الشراء منه فذو اليد أولى، لأن الخارج إن كان يثبت أولية الملك فذو اليد يتلقى الملك منه فلا تنافي فيه، فصار كما إذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه، وكذا لو برهن الخارج على الإرث. فصولين. ولو برهن على الشراء من أجنبي فالخارج أحق.

مَطْلَبٌ: لَا اعْتِبَارَ بِالتَّارِيخِ مَعَ النِّتَاجِ إلَّا مَنْ أَرَّخَ تَارِيخاً مُسْتَحِيلاً

قوله: (أو برهنا) أي الخارج وذو اليد. وفي البحر أطلقه فشمل ما إذا أرخا واستوى تاريخهما أو سبق أو لم يؤرخا أصلاً أو أرخت إحداهما فلا اعتبار للتاريخ مع النتاج، إلا أن من أرخ تاريخاً مستحيلاً بأن لم يوافق سن المدعى لوقت ذي اليد ووافق وقت الخارج فحينئذ يحكم للخارج، ولو خالف سنه للوقتين لغت البينتان عند عامة

(كالنتاج)

النتايج يترك في يد ذي اليد على ما كان وهو بينهما نصفين كذا في رواية. كذا في جامع الفصولين.

وفيه. برهن الخارج أن هذه أمته ولدت هذا القن في ملكي وبرهن ذو اليد على مثله يحكم بها للمدعي لأنهما ادعيا في الأمة ملكاً مطلقاً فيقضى بها للمدعي ثم يستحق القن تبعاً اهـ.

مَطْلَبٌ: يُقَدَّمُ ذُو الْيَدِ فِي دَعْوَى النِّتَاجِ إِنْ لَمْ يَكُنِ النِّزَاعُ فِي الْأُمِّ

وبهذا ظهر أن ذا اليد إنما يقدم في دعوى النتاج على الخارج إن لم يتنازعا في الأم، أما لو تنازعا فيها في الملك المطلق وشهدوا به وبنتاج ولدها فإنه لا يقدم وهذه يجب حفظها اهـ.

تَعْرِيفُ النِّتَاجِ

قوله: (كالنتاج) هو ولادة الحيوان، من نتجت عنده بالبناء للمفعول ولدت ووضعت كما في المغرب.

مَطْلَبٌ: الْمُرَادُ بِالنِّتَاجِ وِلَادَتُهُ فِي مِلْكِهِ أَوْ مِلْكِ بَائِعِهِ أَوْ مُوَرِّثِهِ

والمراد ولادته في ملكه أو ملك بائعه أو مورثه

مَطْلَبٌ: هَذَا الْوَلَدُ وَلَدَتْهُ أَمَتُهُ وَلَمْ يَشْهَدُوا بِالْمِلْكِ لَهُ لَا يُقْضَى لَهُ

ولذا قال في خزانة الأكمل: لو أقام ذو اليد أن هذه الدابة نتجت عنده أو نسج هذا الثوب عنده أو أن هذا الولد ولدته أمته ولم يشهدوا بالملك له فإنه لا يقضى له اهـ. وكذا لو شهدوا أنها بنت أمته لأنهم إنما شهدوا بالنسب. كذا في الخزانة.

وفي جامع الفصولين: برهن كل من الخارج وذي اليد على نتج في ملك بائعه حكم لذي اليد إذ كل منهما خصم عن بائعه، فكأن بائعيهم حضرا وادعيا ملكاً بنتاج لذي اليد اهـ. وإنما حكم لذي اليد لأن البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد وترجحت بينة ذي اليد باليد فقضي له، وهذا هو الصحيح. والقضاء ببينة الخارج هو الأصل، وإنما عدلنا عنه بخبر النتاج، وهو ما روى جابر بن عبد الله «أَنَّ رَجُلًا ادَّعَى نَاقَةً فِي يَدِ رَجُلٍ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا نَاقَتُهُ نُتِجَتْ عِنْدَهُ وَأَقَامَ الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ بَيِّنَةً أَنَّهَا نَاقَتُهُ نَتَجَهَا، فَقَضَى بِهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِلَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ» وهذا حديث مشهور صحيح، فصارت مسألة النتاج مخصوصة كما في المحيط.

وفي القنية كما تقدم: بينة ذي اليد إنما أثبتت أولية الملك بالنتاج عنده، فكذا إذا ادعاه عند مورثه اهـ. ولو برهن أنه له ولد في ملكه وبرهن ذو اليد أنه له ولد في ملك بائعه حكم به لذي اليد لأنه خصم عمن تلقى الملك منه ويده يد المتلقي منه فكأنه حضر

وما في معناه كنسج لا يعاد وغزل قطن (وحلب لبن وجز صوف) ونحوها،

ويرهن على النتاج والمدعي في يده يحكم له به. كذا هذا اهـ.

مطلب: لا يَتَرَجَّحُ نِتاجٌ في مِلْكِهِ عَلَى نِتاجٍ في مِلْكِ بائِعِهِ

وبه ظهر أنه لا يترجح نتاج في ملكه على نتاج في ملك بائعه.

مطلب: لا يُشْتَرَطُ أَنْ يَشْهَدُوا أَنَّ أُمَّهُ في مِلْكِهِ

ولا يشترط أن يشهدوا بأن أمه في ملكه، لكن لو شهدت بينة بذلك دون أخرى قدمت عليها، لما في الخزانة: عبد في يد رجل أقام رجل البينة أنه عبده ولد في ملكه وأقام آخر البينة أنه عبده ولد في ملكه من أمته هذه قضي للذي أمه في يده. فإن أقام صاحب اليد البينة أنه عبده ولد في ملكه من أمة أخرى فصاحب اليد أولى.

مطلب: بَرْهَنَ كُلٌّ مِنْ خارِجَيْنِ أَنَّهُ عَبْدُهُ وَلَدَ مِنْ أَمَتِهِ وَعَبْدِهِ هَذَيْنِ يَتَنَصَّفُ وَهُوَ ابْنُ عَبْدَيْنِ وَأَمَتَيْنِ

عبد في يد رجل أقام رجل البينة أنه عبده ولد من أمته هذه من عبده هذا وأقام رجل آخر البينة بمثل ذلك فيكون بينهما نصفين فيكون ابن عبدين وأمتين. وقال صاحباه: لا يثبت نسبه منهما اهـ. ومحل تقديم بينة ذي اليد في النتاج إذا لم يدع الخارج نتاجاً وعتقاً، وإلا كان الخارج أولى، لأن بينة النتاج مع العتق أكثر إثباتاً، لأنها أثبتت أولية الملك على وجه لا يستحق عليه أصلاً، وبينة ذي اليد أثبتت الملك على وجه يتصور استحقاق ذلك عليه، بخلاف ما إذا ادعى الخارج العتق مع مطلق الملك وذو اليد ادعى النتاج فبينة ذي اليد أولى.

مطلب: رَأَى دابَّةً تَتْبَعُ دابَّةً وَتَرْتَضِعُ يَشْهَدُ بِالمِلْكِ وَالنِّتاجِ

وفي شهادات البزازية: الشاهد عاين دابة تتبع دابة وترتضع له أن يشهد بالملك والنتاج اهـ.

قال في الخلاصة: وعلى هذا لو شهد شاهدان على النتاج لزيد وآخران على النتاج لعمرو، ويتصور هذا بأن رأى الشاهدان أنه ارتضع من لبن أنثى كانت في ملكه وآخران رأيا أنه ارتضع من لبن أنثى في ملك آخر فتحل الشهادة للفريقين اهـ. قوله: (وما في معناه) مما لا يتكرر. قوله: (كنسج لا يعاد) كالثياب القطني. قوله: (وحلب لبن) واتخاذ الجبن واللبأ والمرعزاء وجز الصوف، فإذا ادعى خارج وذو يد أن هذه الجبن صنعت عندي أو لبني حلب عندي أو جبني أو لبئي اتخذ عندي أو صوفي جز عندي فإنه يقدم ذو اليد كما في النتاج، والعلة ما في الدرر. والجبن بضمة وبضمتين كعتل. قاموس. والمرعزاء إذا شددت الزاي قصرت وإذا خففت مدت والميم والعين مكسورتان، وقد يقال: مرعزاء بفتح الميم مخففاً ممدوداً وهي كالصوف تحت شعر العنز. مغرب. قال أبو

ولو عند بائعه. درر (فذو اليد أحق) من الخارج إجماعاً، إلا إذا ادعى الخارج عليه فعلاً كغصب أو وديعة أو إجارة ونحوها في رواية.

السعود: هو الشعر الخفيف الذي ينتف من ظهر المعز ويعمل منه الأقمشة الرفيعة اهـ.

أقول: ويوجد جنس مخصوص يسمى المرعز يعمل من صوفه الشال اللاهوري والقرماني، وهو يشبه المعز في الخلقة والغنم في الصوف إلا أنه ألين من صوف الغنم، ولعله هو هو.

قال في البحر: ولا بد من الشهادة بالملك مع السبب الذي لا يتكرر كالنتاج اهـ ط.

قوله: (ولو عند بائعه) أو عند مورثه كما تقدم: أي لا فرق بين أن يدعي كل منهما النتاج ونحوه عنده أو عند بائعه، فحكم النتاج يجري على ما في معناه من كل غير متكرر.

قوله: (فذو اليد أحق) أطلقه فشمل ما إذا أرخا واستوى تاريخهما أو سبق أحدهما إلى آخر ما قدمناه قريباً عن البحر. قوله: (إلا إذا ادعى الخارج الخ) أي حيث تكون بينة الخارج أولى وإن ادعى ذو اليد النتاج، لأن بينة الخارج في هذه الصور أكثر إثباتاً لأنها تثبت الفعل على ذي اليد وهو الغصب وأشباهه إذ هو غير ثابت أصلاً، وأولية الملك إن لم يكن ثابتاً باليد فأصل الملك ثابت بها ظاهراً فكان ثابتاً باليد من وجه دون وجه، فكان إثبات غير الثابت من كل وجه أولى إذ البينة للإثبات كما في التبيين.

بقي ما إذا ادعى الخارج فعلاً ونتاجاً يتقدم بالأولى. ويمكن إدخالها في عبارته بأن يقال: دابة في يد رجل أقام آخر بينة أنها دابته ملكاً أو نتاجاً أخذها من ذي اليد. تأمل.

قوله: (فعلاً) أي وإن لم يدع الخارج النتاج. تأمل.

مَطْلَبٌ: ادَّعَى الْخَارِجُ الْفِعْلَ عَلَى ذِي الْيَدِ الْمُدَّعِي النِّتَاجَ فَالْخَارِجُ أَوْلَى

قوله: (كغصب أو وديعة) قال في البحر: وقد يكون كل منهما مدعياً للملك والنتاج فقط، إذ لو ادعى الخارج الفعل على ذي اليد كالغصب والإجارة والعارية فبينة الخارج أولى، وإن ادعى ذو اليد النتاج، لأن بينة الخارج في هذه الصورة أكثر إثباتاً لإثباتها الفعل على ذي اليد إذ هو غير ثابت أصلاً كما ذكره الشارح اهـ. قوله: (في رواية) الأولى أن يقول في قول كما في الشرنبلالية. وإنما قال ذلك لما قال في العمادية بعد نقل كلام الذخيرة: ذكر الفقيه أبو الليث في باب دعوى النتاج عن المبسوط ما يخالف المذكور في الذخيرة، فقال: دابة في يد رجل أقام آخر بينة أنها دابته آجرها من ذي اليد أو أعارها منه أو رهنها إياه، وذو اليد أنها دابته نتجت عنده فإنه يقضى بها لذي اليد، لأنه يدعي ملك النتاج والآخر يدعي الإجارة أو الإعارة والنتاج أسبق منهما فيقضى لذي اليد. وهذا خلاف ما نقل عنه. درر. واستظهر في نور العين أن ما في الذخيرة هو الأصح والأرجح، وبه ظهر عدم الاختلاف بين العبارتين، بأن يحمل الأول على أن كلاً منهما

لدعى النتاج ونحوه وزاد دعوى الفعل، وما نقله عن أبي الليث أن الخارج إنما ادعى الفعل فقط بدون النتاج، لكن تعليل الزيلعي يقتضي أن المثبت للفعل أكثر إثباتاً سواء كان معه دعوى نتاج أو لا، فنقذاك حكم صاحب الدرر أنها رواية ثانية، وعليها اقتصر في البحر وشراح الهداية. وعبارة الزيلعي بعد تعليل: تقديم ذي اليد في دعوى النتاج بأن اليد لا تدل على أولية الملك فكان مساوياً للخارج فيها، فبينتها بدفع الخارج، وبينة ذي اليد مقبولة للدفع، ولا يلزم ما إذا ادعى الخارج الفعل على ذي اليد حيث تكون بينته أرجح وإن ادعى ذو اليد النتاج، لأنه في هذه أكثر إثباتاً لإثباتها ما هو غير ثابت أصلاً اهـ ملخصاً. ويؤيدها ما نذكره قريباً إن شاء الله تعالى عند قول المصنف اقتضى بها لذي اليد، ويستثنى أيضاً ما إذا تنازعا في الأم كما مر، وما إذا ادعى الخارج عتاقاً على النتاج كما مر ويأتي.

فروع في البحر: شاتان في يد رجل إحداهما بيضاء والأخرى سوداء فادعاهما رجل وأقام البينة أنهما له وأن هذه البيضاء ولدت هذه السوداء في ملكه وأقام ذو اليد البينة أنهما له وأن هذه السوداء ولدت هذه البيضاء في ملكه فإنه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التي ذكرت شهوده أنها ولدت في ملكه: أي فيقضى للأول بالسوداء وللثاني بالبيضاء.

قال في التاترخانية. هكذا ذكر محمد وهذا إذا كان سن الشاتين مشكلاً، فإن كانت واحدة منهما تصلح أماً للأخرى والأخرى لا تصلح أماً لهذه كانت علامة الصدق ظاهرة في شهادة شهود أحدهما فيقضى بشهادة شهوده.

وعن أبي يوسف فيما إذا كان سن الشاتين مشكلاً: إني لا أقبل بينتهما وأقضي بالشاة لكل واحد منهما بالشاة في يده، وهذا قضاء ترك لا قضاء استحقاق.

ولو أقام الذي في يده البيضاء أن البيضاء شاتي ولدت في ملكي والسوداء التي في يد صاحبي شاتي ونتجت من هذه البيضاء وأقام الذي السوداء في يده أن السوداء ولدت في ملكي والبيضاء التي في يد صاحبي ملكي وولدت من هذه السوداء فإنه يقضي لكل واحد منهما بما في يده اهـ.

وإن كان في يد رجل حمام أو دجاج أو طير مما يفرخ أقام رجل البينة أنه له فرخ في ملكه وأقام صاحب اليد البينة على مثل ذلك قضي به لصاحب اليد.

ولو ادعى لبناً في يد رجل أنه له ضربه في ملكه وبرهن ذو اليد: يقضى به الخارج، ولو كان مكان اللبن آجر أو جص أو نورة: يقضى به لصاحب اليد، وغزل القطن لا يتكرر فيقضى به لذي اليد، بخلاف غزل الصوف وورق الشجر وثمرته بمنزلة

نور أو كان سبباً يتكرر كبناء وغرس ونسج خز وزرع بر ونحوه، أو أشكل على أهل الخبرة فهو للخارج لأنه الأصل، وإنما عدلنا عنه بحديث النتاج (وإن برهن

النتاج، بخلاف غصن الشجرة والحنطة لا بد من الشهادة بالملك مع السبب الذي لا يتكرر كالنتاج.

لو برهن الخارج على أن البيضة التي تفلقت عن هذه الدجاجة كانت له لم يقض له بالدجاجة ويقضى على صاحب الدجاجة ببيضة مثلها لصاحبها، لأن ملك البيضة ليس بملك للدجاجة، فإن من غصب بيضة وحضنها تحت دجاجة له كان الفرخ للغاصب وعليه مثلها، بخلاف الأمة فإن ولدها لصاحب الأم، وجنين الشاة يقضى به لصاحب الأم. والجبة المحشوة والفرو وكل ما يقطع من الثياب والبسط والأنماط والثوب المصبوغ بعصفر أو زعفران يقضى بها للخارج اهـ. قوله: (أو كان سبباً يتكرر) عطف على ادعى: يعني أن ذا اليد أحق في كل حال إلا في حال ما إذا ادعى غصباً أو كان سبباً يتكرر فإنه يقضى للخارج بمنزلة الملك المطلق. قوله: (كبناء) أي كما إذا ادعى ذو اليد أن هذا الآجر ملكي بنيت به حائطي وادعى الخارج كذلك يقدم الخارج لأنه يمكن تكرره. قوله: (وغرس) قال الحموي: والحنطة مما يتكرر، فإن الإنسان قد يزرع في الأرض ثم يغربل التراب فيميز الحنطة منها ثم يزرع ثانية، فإذا ادعى كل أنها حنطته زرعها وأقاما برهاناً فإنه يقدم الخارج، والنخل يغرس غير مرة فإذا تنازعا في أرض ونخيل: أي كل يدعي غرسه وبرهنا فإنه يقضى للخارج بهما، وكذا الأرض المزروعة: يعني أنها أرضه زرعها كل يدعي ذلك، أما إذا كان الزرع مما يتكرر فظاهر وإلا كان تبعاً للأرض كما في الخلاصة.

والحاصل: أن المنظور إليه في كونه يتكرر أو لا يتكرر هو الأصل لا التبع كما في البحر. قوله: (ونسج خز) الخز اسم دابة، ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزاً. قيل هو نسج إذا بلي يغزل مرة ثانية ثم ينسج. عزمي. قوله: (أو أشكل على أهل الخبرة) قال في البحر: ونصل السيف يسأل عنه، فإن أخبروا أنه لا يضرب إلا مرة كان لذي اليد وإلا للخارج: أي فإذا ادعى خارج وذو يد أن هذا النصل له ضربه بيده وأقاما برهاناً فهو على هذا اهـ. قال أبو السعود: فإن أشكل على أهل الخبرة قضي به للخارج والواحد منهم يكفي والاثنان أحوط. عزمي وزيلعي.

وذكر في غاية البيان أنه إذا أشكل عن أهل الخبرة اختلفت الرواية، ففي رواية أبي سليمان: يقضى لذي اليد. وفي رواية أبي حفص: يقضى للخارج اهـ. قوله: (لأنه الأصل) أي كون المدعي للخارج المبرهن لأن القضاء ببينة هو الأصل، فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل. قوله: (وإنما عدلنا عنه بحديث النتاج) سبق ما فيه قال الخير الرملي: النتاج

كل) من الخارجين أو ذوي الأيدي أو الخارج وذي اليد. عيني (على الشراء من الآخر بلا وقت سقطتا وترك المال) المدعى به (في يد من معه) وقال محمد: يقضي للخارج.

قلنا: الإقدام على الشراء، إقرار منه بالملك له، ولو أثبتا قبضاً تهاترتا اتفاقاً. درر.

بالكسر مصدر، يقال نتجت الناقة بالبناء للمفعول نتاجاً: ولدت. قال شيخ الإسلام زكريا: النتاج بكسر النون من تسمية المفعول بالمصدر، يقال نتجت الناقة بالبناء للمفعول نتاجاً: ولدت اهـ. وقال ابن الملقن في ضبط كلام المنهاج: لنتاج بفتح النون، ورأيت بخط المصنف في الأصل بكسرها في ثلاثة مواضع اهـ. قال الهيتمي: ضبط المصنف، يعني النووي بكسر النون، وضبطه الأستاذ بالفتح اهـ.

تتمة: المقضي عليه في حادثة لا تسمع دعواه بعده إلا إذا برهن على إبطال القضاء أو على تلقي الملك من المقضي له أو على النتاج كما في العمادية والبزازية. قال الرملي: والظاهر أن ما في خزانة الأكمل هو الراجح كما يشهد له الاقتصار عليه في العمادية والبزازية وغيرهما، فارجع نقلاً في المسألة إن شئت، وقدمنا الكلام عليه في دفع الدعوى. قوله: (من الآخر) أي من خصمه الآخر. قوله: (بلا وقت) قيد به لأنهما لو أرخا يقضي به لصاحب الوقت الأخير، كذا في خزانة الأكمل. قوله: (وترك المال المدعى به في يد من معه) أي لا على وجه القضاء بل عملاً بالأصل، لأنه لما تهاترت البينتان رجع إلى الأصل، وهو أن وضع اليد من أسباب الملك. قوله: (وقال محمد: يقضي للخارج) أي لإمكان العمل بالبينتين وبأن يجعل ذو اليد كأنه اشترى من الآخر وقبض ثم باع، لأن القبض دليل الشراء فيؤمر بالدفع إليه لأن تمكنه من القبض دليل السبق. ولا يعكس الأمر لأن البيع قبل القبض لا يجوز وإن كان في العقار عنده، وهذا فيما إذا كانت في يد أحدهما كما يظهر من تقرير كلامه. وجه قولهما كما في البحر أن الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الإقرارين. وفيه التهاتر بالإجماع. كذا هنا. ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق فبقي القضاء بمجرد السبب وأنه لا يفيده، ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استويا لوجود قبض المضمون من كل جانب، وإن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده. قوله: (قلنا الإقدام) أي من الخارج على الشراء الذي ادعاه والإقدام من ذي اليد على الشراء الذي ادعاه. قوله: (إقرار منه) أي من القادم بالملك له للآخر فصارت بينة كل واحد منهما كأنها قامت على إقرار الآخر، وفيه التهاتر بالإجماع لتعذر الجمع. قوله: (ولو أثبتا قبضاً تهاترتا اتفاقاً) لأن الجمع غير ممكن عند

(ولا ترجح بزيادة عدد الشهود) فإن الترجيح عندنا بقوة الدليل، لا بكثرته.

محمد بجواز كل واحد من البيعين، بخلاف الأول، وهذا في غير العقار، أما في العقار: فإن وقتت البينتان ولم يثبتا قبضاً، فإن كان وقت الخارج أسبق: يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى أولاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما. وعند محمد: يقضى للخارج لأنه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه، وإن أثبتا قبضاً: يقضى بها لصاحب اليد بالإجماع، وإن كان وقت صاحب اليد أسبق: يقضى بها للخارج سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا كما في البحر عن الهداية. وفيه وفي المبسوط ما يخالفه كما علم من الكافي اهـ.

أقول: ثم رأيت في الشرنبلالية ما يكون تأييداً لكلام الهداية، حيث قال: وعند محمد: يقضى بالبينتين: يعني إن ذكروا القبض الخ. تأمل.

وفي البحر أيضاً عن الكافي: دار في يد زيد برهن عمرو على أنه باعها من بكر بألف وبرهن بكر على أنه باعها من عمرو بمائة دينار وجحد زيد ذلك كله قضى بالدار بين المدعيين ولا يقضى بشيء من الثمنين لأنه تعذر القضاء بالبيع لجهالة التاريخ ولم يتعذر القضاء بالملك. وعند محمد: يقضى بها بينهما. ولكل واحد نصف الثمن على صاحبه، لأنه لم يسلم لكل واحد إلا نصف المبيع.

ولو ادعت امرأة شراء الدار من عمرو بألف وعمرو ادعى أنه اشتراها منها بألف وزيد وهو ذو اليد يدعي أنها له اشتراها من عمرو بألف وأقاموا البينة: قضى لذي اليد لتعارض بينتي غيره فبقيت بينته بلا معارض. وعند محمد: يقضى بالدار لذي اليد بألف عليه للخارج ويقضى لها على الخارج بألف، لأن ذا اليد والمرأة ادعيا التلقي من الخارج فيجعل كأنها في يده اهـ.

مَطْلَبٌ: بَرْهَنَ كُلٌّ عَلَى إِقْرَارِ الآخَرِ أَنَّهَا لَهُ تَهَاتَرَا

وأشار المؤلف إلى أنه لو برهن كل على إقرار الآخر أن هذا الشيء له فإنهما يتهاتران ويبقى في يد ذي اليد. كذا في الخزانة. قوله: (ولا ترجح) يحتمل أن يقرأ الفعل بالتذكير أو التأنيث، فعلى الأول يعود الضمير المستتر على الحكم، وعلى الثاني يعود على الدعوى، إلى هذا أشار العيني. قوله: (فإن الترجيح عندنا) أي وعند الشافعي في القديم وبعض المالكية يرجحون بكثرة العدد. قوله: (بقوة الدليل) بأن يكون أحدهما متواتراً والآخر من الآحاد أو كان أحدهما مفسراً والآخر مجملاً، فيرجح المفسر على المجمل والمتواتر على الآحاد لقوة فيه، وكذا لا يرجح أحد القياسين ولا الحديث بحديث آخر، وشهادة كل شاهدين علة تامة فلا تصلح للترجيح كما في البحر. وسيأتي قريباً تمامه. قوله: (لا بكثرته) ولهذا لا ترجح الآية بآية أخرى ولا الخبر بالخبر ولا أحد القياسين بقياس آخر.

ثم فرع على هذا الأصل بقوله: (فلو أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء) في ذلك (وكذا لا ترجيح بزيادة العدالة) لأن المعتبر أصل العدالة

قال في غاية البيان: لأن الترجيح يكون بقوة العلة لا بكثرة في العلل، ولهذا قلنا: إن الخبرين إذا تعارضا لا يترجح أحدهما على الآخر بخبر آخر بل بما به يتأكد معنى الحجة فيه، وهو الاتصال برسول الله ﷺ حتى يترجح المشهور بكثرة رواته على الشاذ لظهور زيادة القوة فيه من حيث الاتصال برسول الله ﷺ، ويترجح بفقه الراوي وحسن ضبطه وإتقانه لأنه يتقوى به معنى الاتصال برسول الله ﷺ على الوجه الذي وصل إلينا بالنقل، وكذلك الآيتان إذا وقعت المعارضة بينهما لا تترجح إحداهما بآية أخرى، بل بقوة في معنى الحجة وهو أنه نص مفسر والآخر مؤول، وكذلك لا يترجح أحد الخبرين بالقياس، فعرفنا أن ما يقع به الترجيح هو ما لا يصلح علة للحكم ابتداء بل ما يكون[1] مقويا لما به صارت العلة موجبة للحكم اهـ.

قال المولى عبد الحليم: قوله فلأن الترجيح لا يقع بكثرة العلل بل الترجيح يقع بقوة العلة ولذلك ترجح شهادة العدل على شهادة المستور، كما يرجح كون أحد الخبرين أو الآيتين مفسراً أو محكماً على الآخر اهـ. قوله: (فهما سواء في ذلك) أي في الإقامة المأخوذة من أقام: أي في حكمها.

قال شيخ مشايخنا: ينبغي أن يقيد ذلك بما إذا لم يصل إلى حد التواتر فإنه يفيد حينئذ العلم فلا ينبغي أن يجعل كالجانب الآخر اهـ.

أقول: ظاهر ما في الشمني والزيلعي يفيد ذلك حيث قال: ولنا أن شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد، والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوتها، بأن يكون أحدهما متواتراً والآخر آحاداً أو يكون أحدهما مفسراً والآخر مجملاً فيرجح المفسر على المجمل والمتواتر على الآحاد اهـ. بيري. وفي شرح المقدسي أن عدد الشهود إذا بلغ حد التواتر ينبغي أن يرجح على من لم يبلغه قياساً على الخبر من أنه يرجح كون أحد الخبرين إلى آخر ما قدمناه قريباً ولم أظفر على الرواية اهـ.

أقول: قد ذكر في التحرير وشرحه ما حاصله: فرق بين الشهادة والخبر، لأن السمع ورد في الشهادة على خلاف القياس بأن يكون نصابها اثنين فلا يكون لكثرتهم قوة زائدة تمنع ما اعتبره السمع في الطرف الآخر، بخلاف الرواية في الخبر فإن الحكم فيه نيط برواية كل من الراوي، فلا شك أن كثرتهم تزيد الظن والقوة وفيه فافترقا على أن ما ورد فيه النص لا يؤثره القياس. تدبر. قوله: (لأن المعتبر أصل العدالة) بل المعتبر فيه الولاية

(١) في ط (قوله بل ما يكون) لعل ما زائدة وليراجع الأصل.

ولا حد للأعدلية.

(دار في يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كلها وبرهنا فللأول ربعها والباقي للآخر بطريق المنازعة) وهو أن النصف سالم لمدعي الكل بلا منازعة ثم استوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف **(وقالا الثلث له والباقي للثاني بطريق العول)** لأن المسألة كلاً ونصفاً، فالمسألة من اثنين وتعول إلى ثلاثة.

بالحرية والناس فيه سواء والعدالة شرطت لظهور أثر الصدق حتى وجب على القاضي القضاء ولذلك لم يلتفت إلى زيادة قوة في العدالة. وباقي التفصيل في شرح المفتي الشارح الهندي. قوله: **(ولا حد للأعدلية)** أي فلا يقع الترجيح بها لاحتمال أن يجد الآخر ما هو أعدل فلا يستقر الحكم على حالة. قوله: **(بطريق المنازعة)** اعلم أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى اعتبر في هذه المسألة طريق المنازعة، وهو أن النصف سالم لمدعي الكل بلا منازعة، بقي النصف الآخر وفيه منازعتهما على السواء فينصف، فلصاحب الكل ثلاثة أرباع ولصاحب النصف الربع، وهما اعتبرا طريق العول والمضاربة، وإنما سمي بهذا لأن في المسألة كلاً ونصفاً، فالمسألة من اثنين وتعول إلى ثلاثة، فلصاحب الكل سهمان ولصاحب النصف سهم هذا هو العول. وأما المضاربة فإن كل واحد يضرب بقدر حقه، فصاحب الكل له ثلثان من الثلاثة فيضرب الثلثان في الدار وصاحب النصف له ثلث من الثلاثة فيضرب الثلث في الدار فحصل ثلث الدار لأن ضرب الكسور بطريق الإضافة فإنه إذا ضرب الثلث في الستة معناه ثلث الستة وهو اثنان. منح.

قال في الهداية: إن لهذه المسألة نظائر وأضداداً لا يحتملها هذا المختصر، وقد ذكرناها في الزيادات اهـ. وسيأتي الكلام عليها قريباً إن شاء الله تعالى عن شرح الزيادات لقاضيخان. قوله: **(بطريق العول)** هو في اللغة الزيادة والارتفاع. وعند أهل الحساب أن يزاد على المخرج من أخواته إذا ضاق عن فرض ذي السهم. قوله: **(فالمسألة من اثنين)** لوجود كسر مخرجه ذلك وهو النصف. قوله: **(وتعول إلى ثلاثة)** فلصاحب الكل سهمان ولصاحب النصف سهم فيقسم أثلاثاً بينهما. والأصل أنه إذا وقعت الدعوى في شيء معين كانت القسمة بطريق المنازعة، ومتى كانت الدعوى في جزء غير معين وكان باسم السهم والنصيب كانت القسمة بطريق العول، فالوجه لهما أن الدعوى وقعت في جزء غير معين وهو النصف فيقسم على طريق العول كما في المواريث.

وله أن الدعوى وقعت في العين وإن كانت باسم النصف شائعاً، لكن الدعوى لا تصح إلا بالإضافة والإشارة إلى محل معين كأن يقول نصف هذه الدار. فإذا صحت الدعوى على تعيين المحل الذي وقعت الدعوى فيه أخذ حكم دعوى شيء معين، والعين

واعلم أن أنواع القسمة أربعة: ما يقسم بطريق العول إجماعاً وهو ثمان: ميراث، وديون، ووصية، ومحاباة، ودراهم مرسلة، وسعاية، وجناية رقيق.

وبطريق المنازعة إجماعاً: وهو مسألة الفضوليين.

فقط لا تعول فتقسم على طريق المنازعة، بخلاف المواريث والديون لأن التنازع فيه ابتداء دون الديون في ذمة الميت دون العين، وكذا المواريث أنصباؤهم غير معينة بل هي شائعة في التركة. كذا في الكافي شرح المنظومة. قوله: (ميراث) يعني إذا اجتمعت سهام الفرائض في التركة وضاقت التركة عن الوفاء بها تقسم على طريق العول: فمن ماتت وتركت زوجاً وأختاً شقيقة وأختاً لأم فالمسألة من ستة وتعول إلى سبعة. قوله: (وديون) بأن كان عليه مائتان وترك مائة فيعطى لكل ذي مائة خمسون، فلو كان لأحدهما مائة وللآخر خمسون قسمت المائة ثلاثة أسهم اثنان لصاحب المائة وواحد لصاحب الخمسين. قوله: (ووصية) أي بما دون الثلث كما قيده الزيلعي إذا اجتمعت وزادت على الثلث، كما لو أوصى لرجل بسدس ماله ولآخر بثلثه ولم تجز الورثة يقسم الثلث بطريق العول فيجعل الثلث ثلاثة أسهم سهم لصاحب السدس وسهمان لصاحب الثلث. قوله: (ومحاباة) أي الوصية بالمحاباة، بأن أوصى بأن يباع عبد يساوي مائة بخمسين وعبد يساوي مائتين بمائة ولم يترك غيرهما ولم تجز الورثة كان ثلث ماله مائة والمحاباة مائة وخمسين فتجعل المائة ثلاثة أسهم سهمان للمحابى بمائة وسهم للمحابى بخمسين. قوله: (ودراهم مرسلة) أي مطلقة غير مقيدة بثلث أو نصف أو نحوهما، كما إذا أوصى لرجل بمائة ولآخر بمائتين ولم يترك إلا ثلثمائة فكان ثلث المال مائة ولم تجز الورثة تقسم المائة ثلاثة أسهم سهم لصاحب المائة وسهمان لصاحب المائتين. قوله: (وسعاية) بأن أوصى بعتق عبدين أو أعتقهما في مرض موته ولم يترك غيرهما ولم تجز الورثة يسعى كل بثلثي قيمته، فلو أعتق واحداً ونصف الآخر أو أوصى بعتقهما كذلك وقيمتهما سواء وكان ذلك جميع التركة ولم تجز الورثة وقيمة العبد مائة وقيمة نصف العبد خمسون وثلث المال خمسون يجعل الخمسون ثلاثة أسهم سهمان للعبد ويسعى في باقي قيمته وسهم لنصف العبد ويسعى في الباقي. قوله: (وجناية رقيق) أدخل في هذه صورتين: جناية العبد الرقيق غير المدبر والمدبر.

وصورة الأولى: عبد فقأ عين رجل وقتل آخر خطأ فإنه يدفع لهما بطريق العول، فأولياء المقتول يريدونه كله وصاحب العين يريد نصفه والكل نصفان مع نصف صاحب العين فيجعل ثلاثة أسهم سهمان لولي المقتول وسهم للمفقوء عينه.

وصورة الثانية: جناية المدبر إذا جنى على هذا الوجه فإنه يدفع السيد قيمته ثلثاها لولي المقتول وثلثها لصاحب العين، وكأنها سقطت من الكاتب فإنها لم توجد في نسخ الشرح. وبقي من الصور الوصية بالعتق وبها تتم الثمان. قوله: (وهي مسألة الفضوليين)

وبطريق المنازعة عنده والعول عندهما، وهو ثلاث مسائل: مسألة الكتاب وإذا أوصى لرجل بكل ماله أو بعبد بعينه ولآخر بنصف ذلك.

وبطريق العول عنده والمنازعة عندهما وهو خمس كما بسطه الزيلعي والعيني. وتمامه في البحر.

بأن باع فضولي عبد إنسان بمائة وفضولي آخر نصف ذلك العبد بخمسين وأجاز المالك البيعين كان لصاحب الكل ثلاثة أرباع العبد أو ترك ولصاحب النصف ربعه أو ترك بطريق المنازعة عندهم جميعاً. قوله: (وإذا أوصى لرجل بكل ماله) أي ولآخر بنصفه وأجازت الورثة ذلك، فعند أبي حنيفة: صاحب النصف لا ينازع صاحب الكل في أحد النصفين فيسلم له ويتنازعان في النصف الثاني فيقتسمانه. وعندهما: للموصى له بالكل نصفان وللموصى له بالنصف واحد، فيجعل المال ثلاثة أسهم: سهمان للموصى له بالكل، وسهم للموصى له بالنصف؛ وكذا الموصى له بالعبد: ثلاثة أرباعه عنده، وللموصى له بالنصف ربعه. وعندهما: يجعل ثلاثة أسهم. قوله: (وهو خمس) الأولى: عبد مأذون بين رجلين أدانه أحد الموليين مائة: يعني باعه شيئاً نسيئة بمائة وأدانه أجنبي مائة فبيع العبد بمائة: عند أبي حنيفة: يقسم ثمن العبد بين المولى الدائن وبين الأجنبي أثلاثاً ثلثاه للأجنبي وثلثه للمولى، لأن إدانته تصح في نصيب شريكه لا في نصيبه

الثانية: إذا أدانه أجنبي مائة وأجنبي آخر خمسين وبيع العبد: عند أبي حنيفة: يقسم الثمن بينهما أثلاثاً وعندهما: أرباعاً.

الثالثة: عبد قتل رجلاً خطأ وآخر عمداً وللمقتول عمداً وليان فعفا أحدهما: يخير مولى العبد بين الدفع والفداء، فإن فدى المولى يفدي بخمسة عشر ألفاً خمسة آلاف لشريك العافي وعشرة آلاف لولي الخطأ، فإن دفعه يقسم العبد بينهما أثلاثاً عند أبي حنيفة، وعندهما: أرباعاً.

الرابعة: لو كان الجاني مدبراً والمسألة بحالها ودفع المولى القيمة.

الخامسة: أم ولد قتلت مولاها وأجنبياً عمداً ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما على التعاقب سعت في ثلاثة أرباع قيمتها وكان للساكت من ولي الأجنبي ربع القيمة، ويقسم نصف القيمة بينهما بطريق العول أثلاثاً عند أبي حنيفة. وعندهما: أرباعاً بطريق المنازعة. كذا في البحر. والذي في التبيين: فيعطى الربع لشريك العافي آخراً والنصف الآخر بينه وبين شريك العافي أولاً أثلاثاً: ثلثاه لشريك العافي أولاً، والثلث لشريك العافي آخراً عنده، وعندهما: أرباعاً

مطلب: جنس مسائل القسمة أربعة

قوله: (وتمامه في البحر) نقله عن شرح الزيادات لقاضيخان حيث قال: وجنس

مسائل القسمة أربعة: منها ما يقسم بطريق العول والمضاربة عند الكل. ومنها ما يقسم بطريق المنازعة عندهم. ومنها ما يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة، وعندهما: بطريق العول والمضاربة. ومنهما ما يقسم على عكس ذلك.

مَطْلَبٌ: مَا يُقسمُ بِطَرِيقِ الْعَوْلِ عِنْدَهُمْ ثَمَانِيَةٌ

أما ما يقسم بطريق العول عندهم ثمانية.

إحداها: الميراث: إذا اجتمعت سهام الفرائض في التركة وضاقت التركة عن الوفاء بها تقسم التركة بين أرباب الديون بطريق العول.

والثانية: إذا اجتمعت الديون المتفاوتة وضاقت التركة عن الوفاء بها: تقسم التركة بين أرباب الديون بطريق العول.

والثالثة: إذا أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بربعه ولآخر بسدس ماله ولم يجز الورثة حتى عادت الوصايا إلى الثلث: يقسم الثلث بينهم على طريق العول.

والرابعة: الوصية بالمحاباة: إذا أوصى بأن يباع العبد الذي قيمته ثلاثة آلاف درهم من هذا الرجل بألفي درهم وأوصى لآخر بأن يباع العبد الذي يساوي ألفي درهم بألف حتى حصلت المحاباة لهما بألفي درهم كان الثلث بينهما بطريق العول.

والخامسة: الوصية بالعتق: إذا أوصى بأن يعتق من هذا العبد نصفه وأوصى بأن يعتق من هذا الآخر ثلثه وذلك لا يخرج من الثلث: يقسم ثلث المال بينهما بطريق العول، ويسقط من كل واحد منهما حصته من السعاية.

والسادسة: الوصية بألف مرسلة: إذا أوصى لرجل بألف ولآخر بألفين كان الثلث بينهما بطريق العول.

والسابعة: عبد فقأ عين رجل وقتل آخر خطأ فدفع بها: يقسم الجاني بينهما بطريق العول، ثلثاه لولي القتيل. وثلث للآخر.

والثامنة: مدبر جنى على هذا الوجه ودفعت القيمة إلى أولياء الجناية كانت القيمة بينهما بطريق العول.

مَطْلَبٌ: مَا يُقسمُ بِطَرِيقِ الْمُنَازَعَةِ مَسْأَلَةٌ وَاحِدَةٌ

وأما ما يقسم بطريق المنازعة فمسألة واحدة ذكرها في الجامع: فضولي باع عبداً من رجل بألف درهم وفضولي آخر باع نصفه من آخر بخمسمائة فأجاز المولى البيعين جميعاً، خير المشتريان، فإن اختارا الأخذ أخذا بطريق المنازعة ثلاثة أرباعه لمشتري الكل وربعه لمشتري النصف عندهم جميعاً.

مَطْلَبٌ: مَا يُقْسَمُ بِطَرِيقِ الْمُنَازَعَةِ عِنْدَهُ وَبِطَرِيقِ الْعَوْلِ عِنْدَهُمَا ثَلَاثُ مَسَائِلَ

وأما ما يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة وعندهما بطريق العول فثلاث مسائل.

إحداها: دار تنازع فيها رجلان أحدهما يدعي كلها والآخر يدعي نصفها وأقاما البينة: عند أبي حنيفة: تقسم الدار بينهما بطريق المنازعة، ثلاثة أرباعها لمدعي الكل وربع لمدعي النصف. وعندهما: أثلاثاً، ثلثاها لمدعي الكل وثلثها لمدعي النصف.

والثانية: إذا أوصى بجميع ماله لرجل وبنصفه لآخر وأجازت الورثة: عند أبي حنيفة المال بينهما أرباعاً، وعندهما أثلاثاً.

والثالثة: إذا أوصى بعبد بعينه لرجل وبنصفه لآخر وهو يخرج من ثلثه أو لا يخرج وأجازت الورثة كان العبد بينهما أرباعاً عند أبي حنيفة، وعندهما: أثلاثاً.

مَطْلَبٌ: مَا يُقْسَمُ بِطَرِيقِ الْعَوْلِ عِنْدَهُ وَبِطَرِيقِ الْمُنَازَعَةِ عِنْدَهُمَا خَمْسُ مَسَائِلَ

وأما ما يقسم بطريق العول عند أبي حنيفة وعندهما بطريق المنازعة فخمس مسائل.

منها: ما ذكره في المأذون: عبد مأذون بين رجلين أدانه أحد المولَيين مائة: يعني باعه شيئاً بنسيئة وأدانه أجنبي مائة فبيع العبد بمائة. عند أبي حنيفة: يقسم ثمن العبد بين المولى المدين وبين الأجنبي أثلاثاً ثلثاه للأجنبي وثلثه للمولى، لأن إدانته تصح في نصيب شريكه لا في نصيبه.

والثانية: إذا أدانه أجنبي مائة وأجنبي آخر خمسين وبيع العبد: عند أبي حنيفة يقسم الثمن بينهما أثلاثاً، وعندهما أرباعاً.

والثالثة: عبد قتل رجلاً خطأ وآخر عمداً وللمقتول عمداً وليان فعفا أحدهما: يخير مولى العبد بين الدفع والفداء، فإن فدى المولى يفدي بخمسة عشر ألفاً خمسة آلاف لشريكه العافي وعشرة آلاف لولي الخطأ، فإن دفع يقسم العبد بينهما أثلاثاً عند أبي حنيفة، وعندهما: أرباعاً.

والرابعة: لو كان الجاني مدبراً والمسألة بحالها ودفع المولى القيمة.

والخامسة: مسألة الكتاب: أم ولد قتلت مولاها وأجنبياً عمداً ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما على التعاقب سعت في ثلاثة أرباع قيمتها: كان للساكت من ولي الأجنبي ربع القيمة، ويقسم نصف القيمة بينهما بطريق العول أثلاثاً عند أبي حنيفة. وعندهما: أرباعاً بطريق المنازعة.

والأصل لأبي يوسف ومحمد أن الحقين متى ثبتا على الشيوع في وقت واحد كانت القسمة عولية، وإن ثبتا على وجه التمييز أو في وقتين مختلفين كانت القسمة نزاعية،

والمعنى فيه أن القياس يأبى القسمة بطريق العول؛ لأن تفسير العول أن يضرب كل واحد منهما بجميع حقه أحدهما بنصف المال والآخر بالكل، والمال الواحد لا يكون له كل ونصف آخر، ولهذا قال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما: من شاء باهلته، إن الله تعالى لم يجعل في المال الواحد ثلثين ونصفاً ولا نصفين وثلثاً. وإنما تركنا القياس في الميراث بإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم فيلحق به ما كان في معناه، وفي الميراث حقوق الكل ثبتت على وجه الشيوع في وقت واحد وهو حالة الموت، وفي التركة إذا اجتمعت حقوق متفاوتة حق أرباب الديون وثبت في وقت واحد وهو حالة الموت أو المرض فكانت في معنى الميراث، وكذلك في الوصايا وفي العبد والمدبر إذا فقأ عين إنسان وقتل آخر خطأ حق أصحاب الجناية ثبت في وقت واحد وهو وقت دفع العبد الجاني أو قيمة المدبر لأن موجب جناية الخطأ لا يملك قبل الدفع، ولهذا لا يجب فيه الزكاة قبل القبض ولا يصح به الكفالة. وإنما يملك بالتسليم ووقت الدفع واحد، وفي مسألة دعوى الدار الحق إنما يثبت بالقضاء ووقت القضاء واحد فكانت في معنى الميراث، وفي مسألة بيع الفضولي وقت ثبوت الحقين مختلف، لأن الملك يثبت عند الإجازة مستنداً إلى وقت العقد ووقت العقد مختلف. وفي القسم الرابع وقت ثبوت الحقين مختلف. أما في مسألة الإدانة فلأن الحق ثبت بالإدانة ووقت الإدانة مختلف.

وفي العبد إذا قتل رجلاً عمداً وآخر خطأ وللمقتول عمداً وليان فعفا أحدهما وفدى المولى دفع العبد أو كان الجاني مدبراً والمسألة بحالها فدفع المولى القيمة عندهما تقسم بطريق المنازعة، لأن وقت ثبوت الحقين مختلف، لأن حق الساكت من وليي الدم كان في القصاص لأنه مثل والمال بدل عن القصاص ووجوب البدل مضاف إلى سبب الأصل وهو القتل، فكان وقت ثبوت حقه القتل وحق ولي الخطأ في القيمة، إذ العبد المدفوع يثبت عند الدفع لا قبله، لأنه صلة معنى والصلات لا تملك قبل القبض، فكان وقت الحقين مختلفاً فلم يكن في معنى الميراث وكانت القسمة نزاعية.

وفي جناية أم الولد وجوب الدية للثاني لم يضف إلى القتل لما قلنا والقتلان وجدا في وقتين مختلفين فكانت القسمة نزاعية عندهما.

والأصل لأبي حنيفة أن قسمة العين متى كانت بحق ثابت في الذمة أو بحق ثبت في العين على وجه الشيوع في البعض دون الكل كانت القسمة عولية، ومتى وجب قسمة العين بحق ثبت على وجه التمييز أو كان حق أحدهما في البعض الشائع وحق الآخر في الكل كانت القسمة نزاعية. والمعنى فيه أن الحقوق متى وجبت في الذمة فقد استوت في القوة، لأن الذمة متسعة فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه في العين، وكذا إذا كان حق

كل واحد في العين، لكن في الجزء الشائع فقد استوت في القوة؛ لأن ما من جزء ثبت فيه حق أحدهما إلا وللآخر أن يزاحمه فكانت الحقوق مستوية في القوة. والأصل في قسمة العول الميراث كما قالا، وثمة حق كل واحد منهما ثبت في البعض الشائع. وإذا ثبت الحقان على وجه التمييز لم يكن في معنى للميراث، وكذا إذا كان حق أحدهما في البعض الشائع وحق الآخر في الكل لم يكن في معنى الميراث؛ لأن صاحب الكل يزاحم صاحب البعض في كل شيء، أما صاحب البعض فلا يزاحم صاحب الكل فلم يكن في معنى الميراث، ولأن حق كل واحد منهما إذا كان في البعض الشائع وما يأخذ كل واحد منهما بحكم القسمة غير مقرر وأنه غير الشائع كان المأخوذ بدل حقه لا أصل حقه، فيكون في معنى للميراث والتركة التي اجتمعت فيها الديون.

وفي مسائل القسمة إنما وجبت بحق ثابت في الذمة؛ لأن حق كل واحد منهما في موجب الجناية، وموجب الجناية يكون في الذمة فكانت القسمة فيها عولية، فعلى هذا تخريج المسائل. هذا إذا لم يكن لها ولد من المولى، فإن كان لها ولد من المولى يرثه فلا قصاص عليها بدم المولى؛ لأن الولد لا يستوجب القصاص على والديه، ولهذا لو قتلت المرأة ولدها لا يجب عليها القصاص لأن الوالدة سبب لوجوده فلا يستحق لقتلها؛ ولهذا لا يباح له قتل واحد من أبويه وإن كان حربياً أو مرتداً أو زانياً محصناً. فإذا سقط حق ولدها سقط حق الباقي وانقلب الكل مالاً، لأن القصاص تعذر استيفاؤه لا لمعنى من جهة القاتل بل حكماً من جهة الشرع فانقلب الكل مالاً، بخلاف ما تقدم، لأن ثمة العافي أسقط حق نفسه فلا ينقلب نصيبه مالاً.

فإن قيل: إذا لم تكن هذه الجناية موجبة للقصاص عليها بدم المولى ينبغي أن تكون هدراً كما لو قتله خطأ. قلنا: الجناية وقعت موجبة للقصاص؛ لأنه يجب للمقتول والمولى يستوجب القصاص على مملوكه، وإنما سقط القصاص ضرورة الانتقال إلى الوارث وهي حرة وقت الانتقال فتنقلب مالاً وتلزمها القيمة دون الدية اعتباراً بحالة القتل.

هذا كمن قتل رجلاً عمداً وابن القاتل وارث للمقتول كان لابن المقتول الدية على والده القاتل كذلك هنا، ولورثة الأجنبي القصاص كما كان، لأن حقهما يمتاز عن حق ورثة المولى فكان لهما القصاص: وإن شاءا أخرا حتى يؤدي القيمة إلى ورثة المولى، وإن شاءا عجلا القتل؛ لأنهما لو أخرا إلى أن يؤدي السعاية ربما لا يؤدي فالة القتل فيبطل حقهما فكان لهما التعجيل، فإن عفا أحد وليي الأجنبي وجب للساكت منهما نصف القيمة أيضاً، وجنايات أم الولد وإن كثرت لا توجب إلا قيمة واحدة فصارت القيمة مشتركة بين ورثة المولى ووارث الأجنبي.

والأصل عنده أن القسمة متى وجبت لحق ثابت في عين أو ذمة شائعاً فعولية، أو مميزاً أو لأحدهما شائعاً وللآخر في الكل فمنازعة. وعندهما: متى ثبتا

ثم عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه تقسم قيمتها بينهما أثلاثاً، وعندهما أرباعاً لما ذكرنا، فإن كانت سعت في قيمتها لورثة المولى ثم عفا أحد وليي الأجنبي: إن دفعت القيمة إلى ورثة المولى بقضاء القاضي لا سبيل لوارث الأجنبي عليها لأن الواجب عليها قيمة واحدة وقد أدت بقضاء القاضي فتفرغ ذمتها ويتبع وارث الأجنبي ورثة المولى ويشاركهم في تلك القيمة لأنهم أخذوا قيمة مشتركة، وإن دفعت بغير قضاء عندهما كذلك. وعند أبي حنيفة. وارث الأجنبي بالخيار: إن شاء يرجع على ورثة المولى، وإن شاء يرجع على أم الولد.

لهما: أنها فعلت عين ما يفعله القاضي لو رفع الأمر إليه فيستوي فيه القضاء وعدمه كالرجوع في الهبة لما كان فسخاً بقضاء لو حصل بتراضيهما يكون فسخاً.

ولأبي حنيفة أن موجب الجناية في الذمة، فإذا أدت فقد نقلت من الذمة إلى العين فيظهر أثر الانتقال في حق الكل إن كان بقضاء، ولا يظهر إذا كان بغير قضاء فكان له الخيار: إن شاء رضي بدفعها ويتبع ورثة المولى، وإن شاء لم يرض ويرجع عليها بحقه، وهو ثلث القيمة عند أبي حنيفة، وترجع هي على ورثة المولى. هذا إذا دفعت القيمة إلى ورثة المولى ثم عفا ولي الأجنبي، فإن عفا أحد وليي الأجنبي ثم دفعت القيمة قال بعضهم: إن كان الدفع بغير قضاء يتخير وارث الأجنبي عندهم، وإن كان بقضاء عند أبي حنيفة يتخير. وعندهما لا يتخير. والصحيح أن هنا يتخير عند الكل سواء كان الدفع بقضاء أو بغير قضاء، لأن قضاء القاضي بدفع الكل إلى ورثة المولى بعد تعلق حق الأجنبي وثبوته لا يصح، بخلاف الوصي إذا قضى دين أحد الغريمين بأمر القاضي حيث لا يضمن لأن للقاضي أن يضع مال الميت حيث شاء، أما هنا فبخلافه، وإذا لم يصح قضاء القاضي فلأن لا يصح فعلها بغير قضاء أولى. قوله: **(والأصل عنده)** أي عند أبي حنيفة أن القسمة: أي قسمة العين. قوله: **(في عين أو ذمة)** أي بحق ثابت في ذمة الأولى زيادة في البعض، بأن يقول أو لأحدهما في البعض شائعاً: أي أو وجبت القسمة لأحدهما الخ، أو أن يقول في ذمة أو عين شائعاً لأنه لا يعقل التبعيض في الذمة. والأولى أن يقول شائعاً في البعض دون الكل. وعبارة البحر: والأصل لأبي حنيفة أن قسمة العين متى كانت بحق ثابت الخ كما قلمناها قريباً. قوله: **(شائعاً)** أي على وجه الشيوع في بعض دون الكل. قوله: **(فعولية)** أي كانت القسمة عولية. قوله: **(أو مميزا)** أي ومتى وجب قسمة العين بحق ثابت على وجه التمييز دون الشيوع. قوله: **(أو لأحدهما)** أي كان حق لأحدهما في البعض شائعاً. قوله: **(وللآخر في الكل)** أي وحق الآخر في الكل. قوله:

معاً على الشيوع فعولية وإلا فمنازعة، فليحفظ، ولو (الدار في أيديهما فهي للثاني) نصف لا بالقضاء ونصف به لأنه خارج؛ ولو في يد ثلاثة وادعى أحدهم كلها وآخر نصفها وآخر ثلثها وبرهنوا قسمت عنده بالمنازعة وعندهما بالعول، وبيانه في الكافي.

(فمنازعة) أي كانت القسمة نزاعية، وقدمنا الحاصل على قول الإمام فلا تنسه. قوله: (وإلا) أي بأن ثبتا في وقتين مختلفين أو على وجه التمييز فمنازعة، فحقوق الكل في الميراث تثبت على وجه الشيوع في وقت واحد وهو وقت الموت فتقسم بطريق العول، وكذا التركة إذا اجتمعت فيها ديون متفاوتة فإن حقهم يثبت في وقت واحد وهو حالة الموت أو المرض فكانت في معنى الميراث، وكذلك الوصايا، وفي العبد والمدبر إلى آخر ما قدمناه عن البحر فلا تنسه. قوله: (فهي للثاني) وهو مدعي الكل. قوله: (نصف لا بالقضاء) لأن دعوى مدعي النصف منصرفة إلى ما بيده لتكون يده محقة فسلم النصف لمدعي الجميع بلا منازعة، فيبقى ما في يده لا على وجه القضاء إذ لا قضاء بدون الدعوى، واجتمع بينة الخارج وذي اليد فيما في يد صاحب النصف فتقدم بينة الخارج، وسيأتي بيانه في القولة الثانية موضحاً. قوله: (ونصف به) لأنه خارج: يعني دعوى مدعي النصف منصرفة إلى ما بيده لتكون يده محقة لا يدعي شيئاً مما في يد صاحبه فسلم النصف لمدعي الجميع بلا منازعة، فيبقى ما في يده لا على وجه القضاء إذ لا قضاء بدون الدعوى. وأما مدعي الكل فإنه يدعي ما في يد نفسه وما في يد الآخر ولا ينازعه أحد فيما في يده فيترك ما في يده لا على وجه القضاء، وقد اجتمعت بينة الخارج وذي اليد فيما في يد صاحب النصف فكانت بينته أولى فتقدم لأنه خارج فيه فيقضى له في ذلك النصف، فسلم له كل الدار نصفها بالترك لا على وجه القضاء والنصف الآخر بالقضاء كما في العيني. قوله: (وآخر ثلثها) الأولى ثلثيها كما سيتضح في القولة الآتية. قوله: (وبيانه في الكافي) هذه المسألة في المجمع وشرحه لابن ملك حيث قال: ولو ادعى أحد ثلاثة في يدهم دار كلها والآخر ثلثيها والآخر نصفها وبرهن كل على ما ادعاه، فلنفرض اسم مدعي الكل كاملاً ومدعي الثلثين ليثاً ومدعي النصف نصراً فهي مقسومة بينهم. عند أبي حنيفة بالمنازعة من أربعة وعشرين لكامل خمسة عشر وهي خمسة أثمان الدار وربعها لليث وثمنها لنصر.

بيانه أنا نجعل الدار ستة لاحتياجنا إلى النصف والثلثين، وأقل مخرجهما ستة في يد كل منهم سهمان، ومعلوم أن بينة كل منهم على ما في يده غير مقبولة لكونه ذا يد وإن بينة الخارج أولى في الملك المطلق، فاجتمع كامل وليث على ما في يد نصر فكامل يدعي كله وليث نصفه وذلك لأنه يقول حقي في الثلثين ثلث في يدي وبقي لي ثلث آخر نصفه في يد كامل ونصفه في يد نصر فسلم لكامل نصف ما في يده وهو سهم بلا نزاع والنصف الآخر وهو

سهم بينهما نصفان فيضرب مخرج النصف وهو اثنان في ستة فصارت اثني عشر، ثم كامل ونصر اجتمعا على ما في يد ليث وهو أربعة فكامل يدعي كله ونصر ربعه لأنه يقول حقي في النصف ستة وقد أخذت الثلث أربعة وبقي لي سدس من الدار وهو سهمان سهم في يد الليث وسهم في يد كامل وثلاثة من الأربعة سلمت لكامل وتنازعا في سهم فيضرب مخرج النصف في اثني عشر فصارت الدار أربعة وعشرين في يد كل منهم ثمانية. اجتمع كامل وليث على الثمانية التي في يد نصر فأربعة سلمت لكامل بلا نزاع لأن ليثاً يدعي الثلثين وهو ستة عشر ثمانية منها في يده وأربعة في يد نصر وأربعة في يد كامل والأربعة بين كامل وليث نصفين لاستوائهما في المنازعة فحصل لكامل ستة وليث سهمان، ثم اجتمع كامل ونصر على ما في يد ليث فنصر يدعي ربع ما في يده وهو سهمان فسلمت ستة لكامل واستوت منازعتهما في سهمين فصار لكل واحد منهم سهم فحصل لكامل سبعة ولنصر سهم، ثم اجتمع ليث ونصر على ما في يد كامل فليث يدعي نصف ما في يده أربعة ونصر يدعي ربع ما في يده سهمين وفي المال سعة فيأخذ ليث أربعة ونصر سهمين فيبقى ما في يد كامل سهمان فحصل لكامل ما في يد نصر ستة وما في يد ليث سبعة وما في يده سهمان فجميعه خمسة عشر، وللثاني ستة وهي ربع الدار؛ لأنه حصل له ما في يد نصر سهمان وما في يد كامل أربعة فذاك ستة، وللثالث وهو نصر ثلاثة وهي ثمن الدار؛ لأنه حصل له ما في يد ليث سهم وما في يد كامل سهمان وذا ثلاثة.

وبالاختصار تكون المسألة من ثمانية: خمسة أثمانها لكامل وربعها سهمان لليث وثمنها واحد لنصر، وهذا قول الإمام. وقالا: بالعول تقسم.

وبيانه أن الدار بينهم أثلاثاً الكامل والليث اجتمعا على ما في يد نصر فكامل يدعي كله وليث نصفه فنأخذ أقل عدد له نصف وهو اثنان فيضرب الكامل بكله سهمين وليث بنصفه سهماً فعالت إلى ثلاثة، ثم الكامل والنصر اجتمعا على ما في يد ليث والكامل يدعي كله ونصر ربعه ومخرج الربع أربعة فيضرب بربعه سهم وكامل بكله أربعة فعالت إلى خمسة، ثم ليث ونصر اجتمعا على ما في يد كامل فليث يدعي نصف ما في يده ونصر يدعي ربعه والنصف والربع يخرجان من أربعة فنجعل ما في يده أربعة لأن في المال سعة فنصفه سهمان لليث وربعه سهم لنصر وبقي ربع لكامل فحصل هنا ثلاثة وخمسة وأربعة وانكسر حساب الدار على هذا وهي متباينة فضربنا الثلاثة في الأربعة فصارت اثني عشر ضربناها في خمسة صارت ستين ضربناه في أصل المسألة ثلاثة بلغت مائة وثمانين في يد كل واحد ستون فلكامل مائة وثلاثة؛ لأن ربع ما في يده وهو الخمسة عشر سلم له وأخذ من نصر ثلثي ما في يده وهو أربعون ومن ليث أربعة أخماسه وهي ثمانية وأربعون فصار لمجموع مائة وثلاثة وليث خمسون لأن ليثاً أخذ نصف ما في يد كامل وهو ثلاثون وثلث

(ولو برهنا على نتاج دابة) في أيديهما أو أحدهما أو غيرهما **(وأرّخا قضي لمن وافق سنّها تاريخه)** بشهادة الظاهر **(فلو لم يؤرّخا قضي بها لذي اليد.**

في يد نصر وهو عشرون وللثالث وهو نصر سبعة وعشرون لأنه أخذ خمس ما في يد ليث وهو اثنا عشر وربع ما في يد كامل وهو خمسة اهـ. حلبي بتصرف. وهذا كله اعتبار وتقدير ط وذكره في غرر الأفكار، فراجعه. قوله: **(ولو برهنا الخ)** يتصور هذا بأن رأى الشاهدان أنه ارتضع من لبن أنثى كانت في ملكه وآخران رأيا أنه ارتضع من لبن أنثى في ملك آخر فتحل الشهادة للفريقين. بحر عن الخلاصة. وقدمناه وقدمنا عنه أيضاً أنه لا اعتبار بالتاريخ مع النتاج إلا من أرخ تاريخاً مستحيلاً الخ، فتأمل. قوله: **(تاريخه)** أي تاريخ البينة، وإنما ذكر الضمير بتأويل البرهان. حموي. قوله: **(بشهادة الظاهر)** لأن علامة الصدق ظهرت فيمن وافق تاريخه سنها فترجحت بينته بذلك، وفي الأخرى ظهرت علامة الكذب فيجب ردها. منح. ولا فرق في ذلك بين أن تكون الدابة في أيديهما أو في يد أحدهما أو في يد ثالث، لأن المعنى لا يختلف. بخلاف ما إذا كانت الدعوى في النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها لذي اليد كما صرح به المصنف إن كانت بيد أحدهما أو لهما إن كانت في أيديهما أو في يد ثالث. زيلعي. قوله: **(قضى بها لذي اليد)** لأن ذا اليد مقدم على الخارج في دعوى النتاج. قال في الأشباه: هكذا أطلق أصحاب المتون.

قلت: إلا مسألتين: الأولى لو كان النزاع في عبد فقال الخارج إنه ولد في ملكي وأعتقته وبرهن وقال ذو اليد ولد في ملكي فقط قدم على ذي اليد أي لأن بينته أكثر إثباتاً، بخلاف ما لو قال الخارج كاتبته أو دبرته فإنه لا يقدم، لكن في الأشباه أيضاً الشهادة بحرية العبد بدون دعواه لا تقبل عند الإمام إلا في مسألتين، إلى أن قال: والصحيح عنده اشتراط دعواه في العارضة والأصلية، ولا تسمع دعوى الإعتاق من غير العبد إلا في مسألة الخ.

وفي فتاوى الحانوتي جواباً عن سؤال: حيث اعترف العبد بالعبودية لسيده بانقياده للبيع يكون عبداً له وسواء كان هناك بينة أم لا، ولا عبرة بقول المنازع إنه حر الأصل مع عدم دعوى العبد لذلك، لأن حرية العبد لا تثبت إلا بعد دعواه، ولا تجوز فيها دعوى الحسبة، بخلاف الأمة لأنها شهادة بحرمة الفرج إلى آخر ما قال.

الثانية: لو قال الخارج ولد في ملكي من أمتي هذه وهو ابني قدم على ذي اليد اهـ. وقدمنا أنه إنما يقضي بالنتاج لذي اليد فيما إذا ادعى كل منهما النتاج فقط، أما لو ادعى الفعل على ذي اليد كالغصب والإجارة والعارية فبينة الخارج أولى لأنها أكثر إثباتاً لإثباتها الفعل على ذي اليد كما في البحر عن الزيلعي، ونقله في نور العين عن الذخيرة على خلاف ما في المبسوط وقال: الظاهر أن ما في الذخيرة هو الأصح والأرجح، لما في الخلاصة من كتاب الولاء لخواهر زاده أن ذا اليد إذا ادعى النتاج وادعى الخارج أنه ملكه غصبه منه ذو اليد أو أودعه له أو أعاره منه كانت بينة الخارج أولى، وإنما تترجح بينة ذي اليد على النتاج

ولهما إن في أيديهما أو في يد ثالث، وإن لم يوافقهما) بأن خالف أو أشكل (فلهما إن كانت في أيديهما أو كانا خارجين، فإن في يد أحدهما قضي بها له) هو الأصح.
قلت: وهذا أولى مما وقع في الكنز والدرر والملتقى، مختصر.

إذا لم يدع الخارج فعلاً على ذي اليد، أما لو ادعى فعلاً كالشراء وغير ذلك فبينة الخارج أولى؛ لأنها أكثر إثباتاً لأنها تثبت الفعل عليه اهـ. ولا تنس ما قدمناه عند قول الشارح في رواية. قال ط: والظاهر أن حكم موافقتهما لسنها أنه يحكم بها لذي اليد. قوله: (ولهما إن في أيديهما) لأن أحدهما ليس أولى من الآخر. قوله: (وإن لم يوافقهما بأن خالف أو أشكل) أي فلو خالف السن تاريخهما كان كما لو لم يؤرخا، وكذا إذا أشكل وقد تقدم أنه يحكم لذي اليد. قوله: (فلهما إن الخ) لعدم ترجيح أحدهما. قوله: (قضي بها له) لأنه لما أشكل أي أو خالف سقط التاريخان فصار كأنهما لم يؤرخا. قوله: (هو الأصح) مقابله ما في الهداية، إذا خالفه سنها الوقتين بطلت البينتان لظهور كذب الفريقين فتترك في يد من كانت في يده. بقوله: (وهذا أولى مما وقع في الكنز) أي ما ذكر المصنف. بقوله «وإن لم يوافقهما» لعمومه أولى مما في الكنز وما عطف عليه من تعبيره بقوله «وإن أشكل».

أقول: قد ذكره المصنف في شرح المنح تبعاً للبحر حيث قال: وإن لم يوافقهما يشمل ما إذا أشكل سنها بأن لم يعلم وما إذا خالف سنها تاريخهما فإنها تكون لهما على الأصح.

قال الرملي: الأولى من هذا التعبير وإن خالفهما أو أشكل فلهما. على أن لنا أن لا نسلم عدم شمول ما في الكنز، وشمول ما عبر به، إذ الإشكال الالتباس. وفي الصورتين التباس الأمر على الحاكم وعدم موافقتهما غير عدم العلم أصلاً لأنه للعلم بالمخالفة كما قرره الشراح فكيف يدخل فيه عدم العلم بشيء لأنه مع عدم العلم يحتمل الموافقة والمخالفة.

والصور ثلاثة: إما عدم الموافقة لهما وهو المخالفة، بأن تحقق مخالفته للتاريخين، وإما للموافقة لأحدهما فقط والمخالفة للآخر، وإما عدم معرفة شيء، وهي لا تدخل في صورة المخالفة التي هي عدم الموافقة فلم يشملها. قوله: (وإن لم يوافقهما) على أن الظاهر أن اختيار صاحب الكنز في صورة المخالفة بطلان البينتين والترك في يد ذي اليد كما أفصح عنه في الكافي، فخص صورة الإشكال ليحترز به عن صورة المخالفة، فتنبه لكلام هذا العالم النحرير يظهر لك منه حسن التعبير اهـ.

ثم الظاهر أن مراد صاحب البحر والمنح من، قوله: (وإن لم يوافقهما) أي لم تظهر موافقة السن للتاريخين فيشمل الصورتين لكنه تأويل، فلذا قال العلامة الرملي: الأولى من هذا التعبير ولم يقل الصواب. تأمل. قوله: (في الكنز والدرر والملتقى) حيث قال: «وإن أشكل فلهما» لأن قوله «وإن لم يوافقهما» أعم من قول الكنز، وكذا قول الكنز فلهما مقيد بما إذا لم يكن في يد أحدهما.

وعبارة الملتقى والدرر: وإن أشكل فلهما، وإن خالفهما بطل. قال الشارح في

(برهن أحد الخارجين على الغصب) من زيد (والآخر على الوديعة) منه (استويا) لأنها بالجحد تصير غصباً.

شرح الملتقى: فيقضى لذي اليد قضاء ترك كما اختاره في الهداية والكافي.

قلت: لكن الأصح أنه كالمشكل كما جزم به في التنوير والدرر والبحر وغيرها فليحفظ اهـ.

قلت: نقل الشرنبلالي عن كافي الحاكم أن الأول هو الصحيح للتيقن بكذب البينتين فيترك في يد ذي اليد. وقال: وعلمت اختلاف التصحيح اهـ. قال المولى عبد الحليم: بل اللائق على المصنف أن يقول هكذا: وإن أشكل أو خالف الوقتين فلهما إن لم يكن في يد أحدهما فقط، وإلا فلا.

واعلم أن سن الدابة لو خالف الوقتين ففيه روايتان: في رواية يقضى لهما، وفي رواية تبطل البينتان، صرح به الإمام قاضيخان في فتاواه من غير ترجيح إحداهما على الأخرى، وبطلانهما رواية أبي الليث الخوارزمي، واختاره الحاكم الشهيد حيث قال: وهو الصحيح، وتبعه صاحب الهداية ومن تابعه، والقضاء بينهما ظاهر الرواية. اختاره في المبسوط حيث قال: وهو الأصح، وتبعه الزيلعي ومن تابعه. وقد اختلف التصحيح والترجيحان لظاهر الرواية وقد سبق غير مرة. هذا زبدة ما في الشروح والفتاوى، فظهر أن للمصنف اختار ما هو الأرجح اهـ. قوله: **(برهن أحد الخارجين)** على المدعى عليه وهو زيد. قوله: **(من زيد)** هكذا وقع في النسخ، وصوابه «على الغصب من يده» أي من يد أحد الخارجين. قال الزيلعي والمنح: معناه إذا كان عين في يد رجل فأقام رجلان عليه البينة أحدهما بالغصب منه والآخر بالوديعة استوت دعواهما حتى يقضى بها بينهما نصفين؛ لأن الوديعة تصير غصباً بالجحود حتى يجب عليه الضمان منح، والظاهر أنه أراد على الغصب الناشئ من زيد فزيد هو الغاصب، فمن ليست صلة الغصب بل ابتدائية. تأمل. قوله: **(والآخر)** أي برهن الآخر. قوله: **(على الوديعة منه)** أي قال الآخر هو مالي أودعته من زيد وزيد ينكر ذلك. قوله: **(استويا)** أي الخارجان في الدعوى، لأنه لو كان كما يدعي الثاني وديعة من زيد صار غصباً حيث جحدها المودع، ولهذا قال الشارح «لأنها» أي الوديعة بالجحد تصير غصباً حتى يجب عليه الضمان: ولا يسقط بالرجوع إلى الوفاق بالإقرار حتى يرده إلى صاحبه، بخلاف ما إذا خالف بالفعل بلا جحود ثم عاد إلى الوفاق كما في الحموي، تمن في. قوله: **(من زيد)** للابتداء وفي. قوله: **(منه)** صلة الوديعة لأنها تتعدى بمن، وإنما احتاج إليها في الأول لأن الغصب على بأل في عبارة المصنف فلم يمكنه إضافته إلى زيد، وحينئذ فما نقله بعض الأفاضل عن عزمي زاده من أن هذا التصوير سهو، والأولى إسقاطه فيه ما فيه فراجعه.

(الناس أحرار) بلا بيان (إلا في) أربع: (الشهادة،

قوله: (الناس أحرار) لأن الدار دار الحرية ش، لأنهم أولاد آدم وحواء عليهما السلام وقد كانا حرين. قوله: (الشهادة) أي فلا يكتفى فيها بظاهر الحرية بل يسأل عنه إذا طعن الخصم بالرق، أما إذا لم يطعن فلا يسأل كما في التبيين، لأن الحرية تثبت بطريق الظهور والظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق، فلا يستحق المدعي إلزام المدعى عليه إلا بإثبات حرية شهوده، وكذا لا يستحق الشاهد استحقاق الولاية على المشهود عليه ونفاذ شهادته عليه إلا بذلك. فإن قال الشهود نحن أحرار لم نملك قط لا يقبل قولهما بالنسبة إلى قبول شهادتهما حتى يأتيا ببينة على ذلك وإلا فهما مصدقان في قولهما إنا أحرار لم نملك قط بحسب الظاهر.

وفي أبي السعود عن الأشباه تفسيره في الشهادة: إذا شهد شاهدان لرجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدان وإني لا أقبل شهادتهما حتى أعلم أنهما حران.

وتفسيره في الحد: إذا قذف إنساناً ثم زعم القاذف أن المقذوف عبد فإنه لا يحد القاذف حتى يثبت المقذوف حريته بالحجة. وفي القصاص: إذا قطع يد إنسان وزعم القاطع أن المقطوع يده عبد فإنه لا يقضى بالقصاص حتى يثبت حريته. وفي الدية: إذا قتل إنساناً خطأ وزعمت العاقلة أنه عبد فإنه لا يقضى عليهم بالدية حتى تقوم البينة على حريته.

وفي البيري: لو كان المدعى به حداً أو قصاصاً سأل القاضي عنهم طعن الخصم أولاً بالإجماع اهـ. لأن في القذف: أي مثلاً إلزام الحد على القاذف، وفي القصاص إيجاب العقوبة على القاطع، وفي القتل خطأ إيجاب الدية على العاقلة، وذلك لا يجوز إلا باعتبار حرية الشاهد، فما لم تثبت الحرية بالحجة لا يجوز القضاء بشيء من ذلك ط.

مَطْلَبٌ: الأَصْلُ فِي النَّاسِ الفَقْرُ وَالرُّشْدُ وَالأَمَانَةُ وَالعَدَالَةُ وَإِنَّمَا عَلَى القَاضِي أَنْ يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ سِرّاً وَعَلَناً

قال الحموي: وقد سئل شيخ مشايخنا الشيخ عبد الغني العبادي: هل الأصل في الناس الرشد أو السفه، وهل الأصل في الناس الفقر أو الغنى، وهل الأصل في الناس الأمانة أو الخيانة، وهل الأصل في الناس الجرح أو التعديل؟ فأجاب: الأصل الرشد والفقر والأمانة والعدالة، وإنما على القاضي أن يسأل عن الشهود سراً وعلناً لأن القضاء مبني على الحجة وهي شهادة العدل فيتعرف عن العدالة، وفيه صون قضائه عن البطلان، والله تعالى أعلم. وفي قوله صون قضائه عن البطلان نظر، فتدبره اهـ.

ووجهه أنه إذا قضى بشهادة الفاسق يصح قضاؤه.

مَطْلَبٌ: مَنْعُ السُّلْطَانِ عَنْ نُصْرَةِ قُضَاتِهِ عَنِ الحُكْمِ بِشَهَادَةِ الشُّهُودِ إِلَّا بَعْدَ التَّزْكِيَةِ سِرّاً وَعَلَانِيَةً

لكن في زماننا قد تكرر أمر السلطان نصره الله تعالى في منع قضاته في سائر مملكته

والحدود، والقصاص، والقتل) كذا في نسخة المصنف، وفي نسخة: والعقل. وعبارة الأشباه والدية: وحينئذ **(فلو ادعى على مجهول الحال)** أحر أم لا **(أنه عبده فأنكر وقال: أنا حر الأصل فالقول له)** لتمسكه بالأصل **(واللابس)** للثوب **(أحق من آخذ الكم والراكب)** أحق **(من آخذ اللجام، ومن في السرج من رديفه، وذو حملها عمن علق كوزه بها)**

أن يحكموا بعد الشهادة بدون تزكية السر والعلانية، فافهم. قوله: **(والحدود)** فلو أنكر القاذف حرية المقذوف لا يحد حتى يثبت حريته لأنه لا يستحق عليه الحد إلا بالحرية، والظاهر لا يكفي للاستحقاق، ولأن الحدود تندرأ بالشبهات فيحتاط في إثباتها، ولا تنس ما قدمناه عن البيري. قوله: **(والقصاص)** أي في الأطراف، فلو أنكر القاطع حرية المقطوع لا يقطع حتى يثبت حريته، لأنه لا يستحق عليه القطع إلا بالحرية إذ لا قصاص بين طرفي حر وعبد؛ لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال. قوله: **(والقتل)** أي خطأ فلا تثبت الدية على العاقلة حتى تثبت حرية القاتل لأنه يريد استحقاق العقل عليه فلا يثبت بظاهر الحرية، ولذا وقع في نسخة العقل: يعني لا يثبت العقل إلا بعد ثبوت الحرية، وهو معنى عبارة الأشباه من قوله: **(والدية)**. قوله: **(وفي نسخة العقل)** هو في معنى الأول: يعني لا يثبت العقل إلا بعد ثبوت الحرية، ولو قال في الحرية وعدمها لكان أوضح. قوله: **(وعبارة الأشباه والدية)** الثلاث بمعنى واحد في المآل. قوله: **(أحر أم لا)**. بيان لوجه جهالة حاله، ولو قال في الحرية وعدمها لكان أوضح. قوله: **(لتمسكه بالأصل)** أي وهو دافع، وظاهر الحال يكفي للدفع عيني. قوله: **(واللابس للثوب الخ)** شروع في مسائل يصدق فيها واضع اليد بلا برهان، وهل يصدق بيمينه؟ ينظر، ويأتي حكمه في الشيء الآتي ط. وإنما كان اللابس أحق لأن تصرفه أظهر لاقتضائه الملك فكان صاحب يد والآخذ خارجاً وذو اليد أولى، بخلاف ما إذا أقام آخذ الكم البينة حيث يكون أولى والعلة المذكورة تجري فيما بعد. قال العلامة قاسم: فيقضي له قضاء ترك لا استحقاق، حتى لو أقام الآخر البينة بعد ذلك يقضي له. شرنبلالية. قوله: **(ومن في السرج)** أي أولى من رديفه، لأن تمكنه في ذلك الموضع دليل على تقدم يده. قال الشرنبلالي: نقل الناطفي هذه الرواية عن النوادر. وفي ظاهر الرواية هي بينهما نصفين، بخلاف ما إذا كانا راكبين في السرج فإنها بينهما قولاً واحداً كما في الهداية: ويؤخذ منه اشتراكهما إذا لم تكن مسرجة اهـ.

أقول: لكن في الهداية والملتقى مثل ما في المتن فتنبه، وما في الهداية وهو على رواية النوادر، ولو كان أحدهما متعلقاً بذنبها والآخر ماسك بلجامها قالوا: ينبغي أن يكون الماسك أولى. قوله: **(عمن علق كوزه بها)** احترز بذكر الكوز عما لو كان له بعض حملها،

لأنه أكثر تصرفاً.

(والجالس على البساط والمتعلق به سواء) كجالسيه وراكبي سرج **(كمن معه ثوب وطرفه مع آخر لا هدبته)** أي طرته الغير منسوجة لأنها ليست بثوب **(بخلاف جالسي دار تنازعا فيها)**

فلو كان لأحدهما منّ وللآخر مائة من كانت بينهما. شرنبلالية عن التبيين. والحمل: بكسر الحاء ما يحمل على ظهر أو رأس. حموي. قوله: **(لأنه أكثر تصرفاً)** علة لجميع المسائل.

أقول: لكن فيه أنه لا يعتبر الأكثر تصرفاً كمسألة المنّ والمائة منّ، والأولى أن يعلل بأنه لا يعد متصرفاً عرفاً كمسألة الهرادي الآتية. تأمل. قوله: **(والجالس على البساط والمتعلق به سواء)** لأن الجلوس ليس بيده عليه، لأن اليد تثبت بكونه في بيته أو بنقله من موضعه، بخلاف الركوب واللبس حيث يكون بهما غاصباً لثبوت يده ولا يصير غاصباً بالجلوس على البساط كما في الدرر، لكن ينبغي أن يكون القاعد أحق من المتعلق. تأمل.

وعبارة الدرر: ويتنصف البساط بين جالسه والمتعلق به بحكم الاستواء بينهما لا بطريق القضاء الخ. وفي النهاية: يقضى بينهما.

واعترض عليه بأن بين الكلامين تنافياً وأجيب بأن المنفي قضاء الاستحقاق لا قضاء الترك.

واعترض على هذا الجواب بأن قضاء الترك يقتضي ثبوت اليد على ما صرحوا به في مسألة التنازع في الحائط. وأجيب بأن قضاء الترك يتحقق في المتقول من غير ثبوت اليد المعتبرة شرعاً بثبوت اليد ظاهراً فإن القاضي علم حساً وعياناً أن هذا البساط ليس في يد غيرهما فقضى بينهما لانعدام مدع غيرهما عياناً باليد أو بالملك هذا. قوله: **(وراكبي سرج)** أي فيتنصف بينهما أي في الصورتين. قوله: **(وطرفه مع آخر)** فيتنصف بينهما لأن يد كل منهما ثابتة فيه وإن كان يد أحدهما في الأكثر فلا يرجح به، لما مر أنه لا ترجيح بالأكثرية. درر: أي كما في مسألة كثرة شهود أحد المدعيين، هذا كله إذا لم يقم البينة فإذا أقاما البينة فبينة الخارج أولى من بينة ذي اليد كما مر. قوله: **(لا هدبته)** ويقال له بالتركي سجق ويستعمل هذا اللفظ الآن في بلادنا. قوله: **(الغير منسوجة)** الأولى أن يقول المنسوجة بالألف واللام لأن غير بمنزلة اسم الفاعل لا يضاف إلا لما فيه أل أو ما أضيف إلى ما فيه أل كالضارب رأس الجاني ط. قوله: **(لأنها ليست بثوب)** فلم يكن في يده شيء من الثوب فلا يزاحم الآخر. قوله: **(بخلاف جالسي دار)** كذا قال في العناية.

ومخالفه ما في البدائع: لو ادعيا داراً وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن، وكذلك لو كان أحدهما أحدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي له، وإن لم يكن شيء من ذلك ولكن

حيث لا يقضى لهما لاحتمال أنها في يد غيرهما، وهنا علم أنه ليس في يد غيرهما. عيني.

(الحائط لمن جذوعه عليه)

أحدهما داخل فيها والآخر خارج عنها فهي بينهما، وكذا لو كان جميعاً؛ لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيها وإنما تثبت بالتصرف ا هـ.

أقول: لكن الذي يفهم من التعليل ومما تقدم قريباً أنه لا يقضى لهما في مسألة كون أحدهما داخلاً فيها والآخر خارجاً عنها تأمل.

تنبيه: قال في البدائع: كل موضع تقضي بالملك لأحدهما لكون المدعي في يده يجب عليه اليمين لصاحبه إذا طلب، فإن حلف بريء، وإن نكل قضي عليه به ا هـ. شرنبلالية. قوله: (حيث لا يقضي لهما) لا بطريق الترك ولا بغيره لأن الجلوس لا يدل على الملك ا هـ. درر. قوله: (وهنا) أي في الجلوس على البساط إذا كانا جالسين عليه. قال في الزيلعي: وكذا إذا كانا جالسين عليه فهو بينهما، بخلاف ما إذا كانا جالسين في دار وتنازعا فيها حيث لا يحكم لهما بها لاحتمال أنها في يد غيرهما وهنا علم أنه ليس في يد غيرهما ا هـ.

مَطْلَبٌ: مَسَائِلُ الحِيطَانِ

قوله: (الحائط لمن جذوعه عليه) جمع جذع بالجيم والذال المعجمة للنخلة وغيرها، والمراد الأخشاب التي توضع على الجدران لأجل تركيب السقف عليها، وذلك لأنه في يد صاحب الجذوع، لأن يده يد استعمال والحائط ما بني إلا له فوضعه علامة ملكه: ولو كان لكل منهما عليه ثلاثة جذوع فهو بينهما لاستوائهما في أصل العلة ولا يعتبر بالكثرة والقلة بعد أن تبلغ ثلاثاً، وإنما شرطت الثلاثة لأن الحائط يبنى للتسقيف وذلك لا يحصل بما دون الثلاث غالباً فصار الثلاث كالنصاب له؛ ولو كان عليه جذوع لأحدهما ثلاثة وللآخر أقل فهو لصاحب الثلاثة عند أبي حنيفة استحساناً. والقياس أن يكون بينهما نصفين، وهو مروي عنه، ولو كان لأحدهما جذع واحد ولا شيء للآخر قيل هما سواء، وقيل صاحب الجذع أولى. عيني.

وفي الفتاوى الخيرية من فصل الحيطان: فلو كان لكل جذع مشترك، فلو اختلفا وأقيمت البينة عمل بها وينظر في وضع الآخر، فإن كان قديماً يترك على قدمه إذ الأصل بقاء ما كان على ما كان للظن بأنه ما وضع إلا بوجه شرعي.

مَطْلَبٌ: حَدُّ القَدِيمِ مَا لَا يَحْفَظُ الأَقْرَانُ وَرَاءَهُ

وحد القديم أن لا يحفظ أقرانه وراء هذا الوقت كيف كان فيجعل أقصى الوقت الذي يحفظه الأقران حد القديم، وإن كان حادثاً يؤمر برفعه، وإن سقط ليس له إعادته

بغير رضا مالكه؛ لأنه إن كان بإذنه فهو معير وللمعير أن يرجع متى شاء، وإن كان بغير إذنه فهو غاصب. وإذا اختلفا في الحدوث: فإن ثبت بالبينة أمر برفعه وإزالته عن ملك الغير شرعاً، وإن لم يثبت بالبينة لا يهدم، وتمامه فيه.

والحاصل: أن الحائط تارة يثبت بالبينة والبرهان وتارة بغيرهما، فإن أقام أحد الخصمين البينة قضي له ولو أقاما البينة قضي لهما قضاء الترك، حتى لو أقام الآخر البينة قضي له كما في الفيض. وأما ما يثبت بغيرها فقال في الملتقى: الأيدي في الحائط على ثلاث مراتب: اتصال تربيع، واتصال ملازقة ومجاورة، ووضع جذوع ومحاذاة، فأولاهم صاحب التربيع، فإن لم يوجد فصاحب الجذوع، فإن لم يوجد فصاحب اتصال الملازقة.

بيانه: حائط بين دارين يدعيانه: فإن كان متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر فصاحب الاتصال أولى، وإن كان متصلاً ببنائهما اتصال تربيع أو ملازقة فهو بينهما، وإن كان لأحدهما اتصال تربيع وللآخر اتصال ملازقة لصاحب التربيع أو للآخر عليه جذوع، فالحائط لصاحب الاتصال، ولصاحب الجذوع موضع جذوعه. وروى الطحاوي أن الكل لصاحب التربيع، وإن لأحدهما اتصال ملازقة وللآخر جذوع فصاحب الجذوع أولى، وسيأتي قريباً بأوضح من هذا.

أقول: ذكر الحنابلة في كتبهم أن المعتبر في التربيع أساس الحائط دون اللبن وهو حسن وكأنه لما يحصل له من التغيير، وظاهر نصوص أئمتنا الإطلاق كما ترى، وكأنهم لم يعتبروا هذا لأنه عارض ويدرك عروضه. نعم لو كان التربيع في الأساس دون اللبن فالظاهر أن العبرة للأساس لأنه أقوى لما يعرض للبن من الإصلاح، وهذا ولو كان لأحدهما التربيع في الأساس وللآخر في اللبن فالظاهر أنه لصاحب تربيع الأساس ولم أره.

ثم قال صاحب الملتقى: وإذا كان الحائط المتنازع فيه متصلاً من جانب واحد يقع فيه الترجيح وهو الصحيح. ذكره الطحاوي. وذكر الكرخي أنه لا يقع به الترجيح ما لم يكن موصولاً طرفاه بالحائطين.

قلت: وظاهر الرواية يشترط من جوانبه الأربع كما في الفيض وغيره، لكن قالوا: الأظهر ما قاله الطحاوي وعليه مشى في الخلاصة والبزازية وغيرهما من المعتمدات كالهندية والمحيط والخانية وغيرها.

ثم ذكر أيضاً: حائط بين دارين يدعيه صاحب أحدهما ولم يكن متصلاً ببناء أحدهما. فإن كان لأحدهما عليه جذوع فهو أولى، وإن كان لأحدهما عليه جذع واحد ولا شيء للآخر قيل هو بينهما، وقيل لصاحب الجذع، وإن كان لكل واحد منهما ثلاثة جذوع فهو بينهما ولا عبرة لكثرة الجذوع لأحدهما: أي بعد الثلاثة.

. . . .

أقول: بعد ما كان[١] لأحد الشريكين ثلاثة جذوع وللآخر أكثر لا يترجح بها، ولكن في العمادية ما نصه: وإن كان جذوع أحدهما أسفل وجذوع الآخر أعلى وتنازعا في الحائط فإن لصاحب الأسفل لسبق يده ولا ترفع جذوع الأعلى اهـ.

فالذي يظهر من كلام العمادية أن محل وجود الخشب على الحائط لكل موجب للاشتراك إذا لم يكن خشب أحدهما أعلى وخشب الآخر أسفل، أما إذا كان كذلك وتنازعا في الحائط فهو لصاحب الأسفل ولا ترفع جذوع الآخر، وأنت خبير بأن هذا مقيد لكلامهم، ولكن لا تظهر ثمرة ذلك إلا في التصرف في الحائط وعمارته، فافهم.

ثم قال صاحب الملتقى: وإن كان لأحدهما ثلاثة وللآخر واحد فهو لصاحب الثلاثة، إلا موضع الجذع الواحد وهو الأصح، وما بين الجذوع قيل يكون بينهما نصفين، وقيل يكون على أحد عشر جزءاً. وإن كان الحائط طويلاً وكل واحد منهما متفرد ببعض الحائط في الاتصال ووضع الجذوع قضى لكل واحد بما يوازي ساحته من الحائط وما بينهما من الفضاء يقضى بكونه بينهما نصفين. لكل واحد منهما بوار وهو القصب فهو بينهما.

لأحدهما عليه جذوع وللآخر عليه بوار يقضى به لصاحب الجذوع ولكن لا يؤمر برفع البواري.

لأحدهما عليه خشب وللآخر عليه حائط سترة فالحائط الأسفل لصاحب الخشب ولصاحب السترة سترته، ولو تنازعا في الحائط والسترة جميعاً فهما لصاحب الخشب اهـ ما في الملتقى.

وقال برهان الدين الكركي في الفيض: حائط ادعاه رجلان وغلق الباب إلى أحدهما يقضى بالحائط والباب بينهما نصفين عند أبي حنيفة، وعندهما الحائط بينهما والباب للذي الغلق إليه، وأجمعوا أنه إذا كان للباب غلقان في كل جانب واحد فهو بينهما.

وذكر فيه أيضاً: رجلان ادعيا حائطاً وليس الحائط متصلاً ببناء أحدهما وليس لأحدهما جذوع أو غيرها يقضى به بينهما، وإن كانت لأحدهما هرادي أو بوار فكذلك، وإن كان لأحدهما عليه جذع واحد ولا شيء للآخر أو له عليه هرادي لم يذكر في الكتاب. قال بعضهم: لا يترجح بجذع واحد. وقد روي عن محمد: يقضى له، ولو كان لأحدهما عليه خشبة وللآخر عليه عشر خشبات يقضى به لصاحب العشرة وللآخر موضع جذعه. والصحيح أن الحائط لصاحب الجذوع ولا ينزع جذع الآخر.

أقول: أي لأن الملك الثابت بكثرة الجذوع ها هنا ثابت بنوع الاستظهار فهو صالح

---

(١) في ط (قوله بعد ما كان) كذا بالأصل، ولعله (بعد ما لو كان الخ) فسقوط القول ولكن الخ مصححه.

أو متصل به اتصال تربيع) بأن تتداخل أنصاف لبناته في لبنات الآخر، ولو من خشب فبأن تكون الخشبة مركبة في الأخرى لدلالته

للتدتع لا لإبطال حق صاحب الجذع، بخلاف ما لو أقام صاحب الجذوع البينة كان الحائط له البتة فإنه يرفع جذع الآخر كما بينه صاحب الذخيرة، وسيأتيك بأوضح من هذا. وعن أبي يوسف أن الحائط بينهما على أحد عشر سهماً.

ولو كان لأحدهما عليه جذعان وللآخر عشرة اختلف المشايخ فيه. قال بعضهم: جذعان بمنزلة جذع واحد. وقال بعضهم: بمنزلة الثلاثة. ولو كان لأحدهما ثلاثة وللآخر عشرة فهو بينهما، وكذا لو كان لأحدهما خمسة وللآخر عشرة فهو بينهما نصفين وقيل أثلاثاً.

تنازعا في خص أو حائط بين داريهما ولا بينة والقمط: أي الحبل الذي يشد به الخص والوجه: أي وجه الحائط أو الطاقات أو أنصاف اللبن إلى أحدهما. قال أبو حنيفة: هو بينهما إذ الإنسان كما يجعل المذكور إلى جانبه في ملكه الخاص يجعله إلى جانب في المشترك أيضاً إذا تولى العمل فلا يصلح حجة. وقالا: هو لمن المذكور إلى جانبه إذ الظاهر يشهد له؛ لأن الإنسان يزين وجه داره إلى نفسه لا إلى جاره، وكذا القمط لأنه وقت العقد يقوم على سطحه فيجعل القمط إليه.

زاد في الهندية: هذا إذا جعل وجه البناء حين بني. وأما إذا جعل الوجه بعد البناء بالنقش والتطيين فلا يستحق به الحائط في قولهم جميعاً. كذا في غاية البيان شرح الهداية. قوله: (أو متصل به) الأوضح أن يقول: أو هو متصل ببنائه اتصال تربيع. قوله: (بأن تتداخل أنصاف لبناته) أي مثلاً فدخل الآجر والحجر.

واختلف في صفة اتصال التربيع، فقال الكرخي: صفته أن يكون الحائط المتنازع فيه متصلاً بحائطين لأحدهما من الجانبين جميعاً والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعاً يشبه القبة، فحينئذ يكون الكل في حكم شيء واحد. والمروي عن أبي يوسف أن اتصال جانبي الحائط المتنازع فيه بحائطين لأحدهما يكفي، ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه.

وعبارة الكافي: هو أن يكون أحد طرفي الآخر في هذا الحائط والطرف الآخر في الحائط الآخر حتى يصير في معنى حائط واحد وبناء واحد فيكون ثبوت اليد على البعض ثبوتاً على الكل، وهو عين ما روي عن أبي يوسف، ومعنى التربيع فيما قال الكرخي أظهر.

وفي الهندية: وذكر الطحاوي: إن كان متصلاً بحائط واحد يقع به الترجيح. قالوا: والصحيح رواية الطحاوي اهـ. وعزاه إلى محيط السرخسي. قوله: (ولو من خشب) عطف على محذوف تقديره: إذا كان الحائط من لبن ولو من خشب الخ. قوله: (لدلالته)

على أنهما بنيا معاً، ولهذا سمي بذلك لأنه حينئذ يبنى مربعاً (لا لمن له) اتصال ملازقة أو نقب وإدخال أو (هرادي) كقصب وطبق يوضع على الجذوع (بل) يكون (بين الجارين) لو تنازعا، ولا يخص به صاحب الهرادي بل صاحب الجذع الواحد

علة لكون صاحب اتصال التربيع أولى. قوله: (على أنهما) أي الحائط المتنازع فيه والحائطين المتصلين به. قوله: (ولهذا سمي بذلك) أي لكونهما بنيا معاً سمي باتصال التربيع قد علمت تفسير اتصال التربيع على قول الكرخي وهو ظاهر وتسميته به على قول أبي يوسف باعتبار التربيع في حائطيه باللبنات. قوله: (يبنى مربعاً) هذا إنما يظهر على قول الكرخي. قوله: (لا لمن له اتصال ملازقة) بأن يكون الحائط المتنازع فيه ملازقاً لحائط أحدهما من غير إدخال فيه. قوله: (أو نقب وإدخال) وهذا فيما لو كان من خشب: أي بأن نقب وأدخلت الخشبة فيه، وهذا محترز. قوله: (في حائط الخشب)، بأن تكون الخشبة مركبة في الأخرى.

قال البدر العيني: وإذا كان الجدار من خشب فالتربيع أن يكون ساج أحدهما مركباً على الآخر. وأما إذا نقب وأدخل فلا يكون مربعاً فلا عبرة به ولا باتصال الملازقة من غير تربيع لعدم المداخلة فلا يدل على أنهما بنيا معاً اهـ. ومثله فيما يظهر التنقب في جدار نحو اللبن. قوله: (أو هرادي) جمع هردية: قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم فترسل عليها قضبان الكرم، كذا في ديوان الأدب، وصحح فيها الحاء والهاء جميعاً، وأنكر الهاء صاحب الصحاح، والرواية في الأصل والكافي للشهيد بالحاء. وفي الجامع الصغير وشرح الكافي بالهاء لا غير. شلبي في الحاشية ملخصاً. وفي المنح: هي خشبات توضع على الجذوع ويلقى عليها التراب. وفي الوافي: هي جمع هردى بكسر الهاء وسكون الراء وفتح الدال المهملتين وقصر الألف. وفي منهوات العزمية: الهردية بضم الهاء وسكون الراء المهملة وكسر الدال المهملة والياء المشددة. والهرادي بفتح الهاء وكسر الدال: نوع من النبت، وقيل قصب يوضع فوق الحائط فهي كالزرب أو الكعب. ومثل الهرادي البواري، وهي والبوري والبورية والبورياء والباري والبارياء والبارية: الحصير المنسوج، وإلى بيعه ينسب الحسن بن الربيع البواري شيخ البخاري ومسلم كما في القاموس. قوله: (بل صاحب الجذع الواحد الخ) قال في غاية البيان: والثلاث هي المعتبرة، حتى لو كان لأحدهما ذلك وللآخر أكثر لا اعتبار له، فالحائط بينهما، ولو كان لأحدهما جذع أو اثنان وللآخر ثلاثة أو أكثر فهو له، وأما لصاحب ما دون الثلاثة فموضع جذوعه: يعني ما تحته في رواية، وله حق الوضع في رواية اهـ.

وفي نور العين: ولو لأحدهما جذع واحد وللآخر هرادي أو لا شيء له لم يذكره محمد في ظاهر الرواية، وقد قيل لا يقضى به له إذ الحائط لا يبنى لوضع جذع واحد.

أحق منه. خانية. ولو لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فلذي الاتصال وللآخر حق الوضع، وقيل لذي الجذوع. ملتقى. وتمامه في العيني وغيره.

وعن محمد: إنه لرب الجذع، إذ له مع اليد نوع استعمال، إذ وضعه استعمال حتى تقضى لرب الجذع فيكون واحدها استعمالاً للحائط بقدره وليس للآخر ذلك، وقد يبنى الحائط لوضع جذع واحد أو كان البيت صغيراً، وهذا كله لو لم يتصل الحائط ببنائهما؛ فلو اتصل اتصال تربيع أو ملازقة فيقضى به لمتصل بينهما إذا استويا اهـ.

وفي الزيلعي: وإن كان لأحدهما جذع واحد ولا شيء للآخر اختلف المشايخ فيه: فقيل هما سواء لأن الواحد لا يعتد به، وقيل صاحب الجذع أولى لأن الحائط قد يبنى لجذع واحد، وإن كان ذلك غير غالب. قال في شرح الملتقى للداماد: والهرادي غير معتبرة، وكذا البواري لأنه لم يكن استعمالاً وضعاً، إذ الحائط لا يبنى لها بل للتسقيف، وهو لا يمكن على الهرادي والبواري كما في الدرر انتهى. وفيه: ولا معتبر بكثرة الجذوع وقلتها بعد أن تبلغ ثلاثاً، لأن الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بين، واشترط أن يبلغ الثلاث لأن الحائط يبنى للتسقيف وذلك لا يحصل بما دون الثلاث غالباً فصار الثلاث كالنصاب له اهـ. فتأمل. قوله: (وقيل لذي الجذوع) وصححه السرخسي، وصحح الأول الجرجاني.

وقال في المحيط: الأيدي على ثلاث مراتب: اتصال تربيع واتصال ملازقة ومجاورة، ووضع جذوع ومحاذاة بناء. ولا علامة في الحائط سوى هذا. فأولاهم صاحب التربيع، فإن لم يوجد فصاحب الجذوع، فإن لم يوجد فصاحب المحاذاة اهـ.

قال في الخلاصة: وإن كان كلا الاتصالين اتصال تربيع أو اتصال مجاورة يقضى بينهما، وإن كان لأحدهما تربيع وللآخر ملازقة يقضى لصاحب التربيع، وإن كان لأحدهما تربيع وللآخر عليه جذوع فصاحب الاتصال أولى، وصاحب الجذوع أولى من اتصال الملازقة؛ ثم في اتصال التربيع هل يكفي من جانب واحد؟ ففي رواية الطحاوي يكفي، وهذا أظهر، وإن كان في ظاهر الرواية يشترط من جوانبه الأربع، ولو أقاما البينة قضي لهما، ولو أقام أحدهما البينة قضي له اهـ. وقدمنا نحوه. قوله: (وتمامه في العيني وغيره) قال العلامة العيني: ولو كان لكل واحد منهما ثلاثة جذوع فهو بينهما لاستوائهما في أصل العلة، ولا يعتبر بالكثرة والقلة بعد أن تبلغ ثلاثة، وإنما شرطت الثلاثة؛ لأن الحائط يبنى للتسقيف وذلك لا يحصل بدون الثلاثة غالباً فصارت الثلاثة كالنصاب له، ولو لأحدهما ثلاثة وللآخر أقل فهو لصاحب الثلاثة. استحسنه الإمام. والقياس المناصفة وقد روي عنه أيضاً. ثم لصاحب الجذع الواحد أو الاثنين حق الوضع، لأن حكمنا بالحائط لصاحب الجذوع: أي الثلاثة فأكثر بالظاهر، وهو يصلح حجة للدفع لا

للاستحقاق، فلا يؤمر بالقلع إلا إذا ثبت بالبينة أن الحائط لصاحب الجذوع فحينئذ يؤمر بالقلع اهـ. وهل الحكم كذلك إذا أقرّ له به؟ الظاهر نعم.

قال في جامع الفصولين برمز (جع): جذوع أحدهما في أحد النصفين وجذوع الآخر في النصف فلكل منهما ما عليه جذوعه، وما بين النصفين والجذوع أولى من السترة، فالحائط لرب الجذوع، وكذا السترة لو تنازعا فيها، ولو توافقا أن السترة للآخر لا ترفع كمن له سفل وتنازعا في سقفه وما عليه فالكل لذي السفل، ولو توافقا أن العلو للآخر لا يرفع إلا إذا برهن اهـ: أي لأنه هو المتنازع فيه، فإذا برهن ذو السفل أن السقف له رفع ما هو موضوع عليه بغير حق، فتأمل. وإنما لم يرفع أولاً قبل إقامة البينة؛ لأن الظاهر أن وضعه بحق، ولم يحكم له بالسفل لأن الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق وهو لصاحب السفل كما هو صريح الخانية.

فإن قلت: ما الفرق بين ثبوته بالبينة حيث يرفع بها وبين ثبوته بظاهر اليد ولم يرفع؟ قلت: البينة كاسمها بينة، وهي حجة متعدّية فيلزم بها الرفع، واليد حجة لصاحب الحال تصلحت للدفع لا للرفع، فتأمل.

ومما يتصل بمسائل الحيطان ما نقله في الهندية: ولو كان الأحد المدعيين على الحائط المتنازع فيه أزج من لبن أو آجر: أي ضرب من الأبنية فهو بمنزلة السترة. كذا في فتاوى قاضيخان.

جذوع شاخصة إلى دار رجل ليس له أن يحمل عليها كنيفاً إلا برضا صاحب الدار، وليس لصاحب الدار قطعها إذا أمكنه البناء عليها، وإن لم يمكن البناء عليها بأن كانت جذوعاً صغاراً أو جذعاً واحداً ينظر: إن كان قطعها يضر ببقية الجذوع ويضعفها لا يملك القطع، وإن لم يضرّ بها يطالبه بالقطع، ولو أراد صاحب الدار أن يعلق على أطراف هذه الجذوع شيئاً ليس له ذلك. كذا في محيط السرخسي.

جدار بين اثنين لهما عليه حمولة غير أن حمولة أحدهما أثقل فالعمارة بينهما نصفين. ولو كان لأحدهما عليه حمولة وليس للآخر عليه حمولة والجدار مشترك بينهما: قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: للآخر أن يضع عليه بمثل حمولة صاحبه إن كان الحائط يحتمل ذلك، ألا ترى أن أصحابنا رحمهم الله تعالى قالوا في كتاب الصلح: لو كان جذوع أحدهما أكثر فللآخر أن يزيد في جذوعه إن كان يحتمل ذلك، ولم يذكروا أنه قديم أو حديث. كذا في الخلاصة في كتاب الحيطان. وإن لم يكن لهما عليه خشب فأراد أحدهما أن يضع عليه خشباً له ذلك وليس للآخر أن يمنعه ويقال له ضع أنت مثل ذلك إن شئت. كذا في الفصول العمادية.

لو كان لأحدهما عليه جذوع وليس للآخر عليه جذوع فأراد أن يضع والجدار لا يحتمل جذوع اثنين وهما مقران بأن الحائط مشترك بينهما، يقال لصاحب الجذوع إن شئت فارفع ذلك عن الحائط لتستوي بصاحبك، وإن شئت فحط عنه بقدر ما يمكن لشريكك من الحمل. كذا في الخلاصة.

جدار بين رجلين لأحدهما عليه بناء فأراد أن يحول جذوعه إلى موضع آخر قال: إن كان يحول من الأيمن إلى الأيسر أو من الأيسر إلى الأيمن ليس له ذلك، وإن أراد أن يسفل الجذوع فلا بأس به، وإن أراد أن يجعله أرفع مما كان لا يكون له ذلك. كذا في فتاوى قاضيخان.

حائط بينهما وكان لكل واحد جذوع فللذي هو صاحب السفل أن يرفعها بحذاء صاحب الأعلى إن لم يضر بالحائط، ولو أراد أحدهما أن ينزع جذوعه من الحائط له ذلك إن لم يكن في نزعه ضرر بالحائط. هكذا في الفصول العمادية.

إذا كانت جذوع أحدهما مرتفعة وجذوع الآخر متسفلة فأراد أن يثقب الحائط لينزل فيه الخشب هل له ذلك؟ قيل ليس له ذلك. وكان أبو عبد الله الجرجاني يفتي بأن له ذلك. وقيل ينظر: إن كان ذلك مما يوجب فيه وهنا لم يكن له ذلك، وإن كان مما لا يدخل فيه وهن فله ذلك. كذا في محيط السرخسي.

جدار بين رجلين أراد أحدهما أن يزيد في البناء لا يكون له ذلك إلا بإذن الشريك، أضر الشريك ذلك أو لم يضر. كذا في فتاوى قاضيخان.

قال أبو القاسم: حائط بين رجلين انهدم جانب منه فظهر أنه ذو طاقين متلازقين فيريد أحدهما أن يرفع جداره ويزعم أن الجدار الباقي يكفيه للسترة فيما بينهما قبل أن يتبين أنهما حائطان فكلا الحائطين بينهما، وليس لأحدهما أن يحدث في ذلك شيئاً بغير إذن شريكه، وإن أقرا أن كل حائط لصاحبه فلكل واحد منهما أن يحدث فيه ما أحب. كذا في الفتاوى الصغرى في كتاب الحيطان.

جدار بين اثنين وهي وأراد أحدهما أن يصلحه وأبى الآخر ينبغي أن يقول له ارفع حمولتك بعمد لأني أرفعه في وقت كذا ويشهد على ذلك، فإن فعل فبها، وإن لم يفعل فله أن يرفع الجدار، فإن سقطت حمولته لا يضمن. كذا في الخلاصة.

وعن الشيخ الإمام أبي القاسم: جدار بين رجلين لأحدهما عليه حمولة وليس للآخر شيء فمال الجدار إلى الذي لا حمولة له فأشهد على صاحب الحمولة فلم يرفعه مع إمكان الرفع بعد الإشهاد حتى انهدم وأفسد شيئاً قال: إذا ثبت الإشهاد وكان مخوفاً وقت الإشهاد يضمن المشهود عليه نصف قيمة ما أفسد من سقوطه. هكذا في فتاوى قاضيخان.

قال أبو القاسم: حائط بين رجلين لأحدهما عليه غرفة والآخر عليه سقف بيته فهدما الحائط من أسفله ورفعا أعلاه بالأساطين ثم اتفقا جميعاً حتى بنيا فلما بلغ البناء موضع سقفه هذا أبى صاحب السقف أن يبنى بعد ذلك لا يجبر أن يبني فيما جاوز ذلك. كذا في الصغرى.

رجل له ساباط أحد طرفي جذوع هذا الساباط على حائط دار رجل فتنازعا في حق وضع الجذوع فقال صاحب الدار جذوعك على حائطي بغير حق فارفع جذوعك عنه وقال صاحب الساباط هذه الجذوع على حائطك بحق واجب، ذكر صاحب كتاب الحيطان الشيخ الثقفي أن القاضي يأمره برفع جذوعه. وقال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى: وبه يفتى. وإن تنازعا في الحائط يقضى بالحائط لصاحب الدار في ظاهر مذهب أصحابنا لأن الحائط متصل بملك صاحب الدار والاتصال تثبت اليد، ولكن هذا إذا كان الاتصال اتصال تربيع، أما إذا كان اتصال ملازقة فصاحب الساباط أولى. هكذا في المحيط في كتاب الحيطان. الكل من الهندية.

أقول: ثم التصرف في الحائط المشترك بعد ثبوته شرعاً قسمان: ممتنع إلا بإذن شريكه وهو مقتضى شركة الملك والقياس. وجائز لضرورة منفعة الاشتراك بغير إذن شريكه.

أما الممتنع فهو زيادة خشب على خشب شريكه أو اتخاذ ستر عليه أو فتح كوة أو باب، وهو محل إطلاقهم الواقع في بعض عباراتهم من أنه ليس له: أي الشريك أن يحدث في الحائط المشترك حدثاً بغير إذن شريكه أو يزيد عليه.

وأما الجائز بغير إذنه فله صور:

منها: ما هو جائز باتفاق، وهو ما إذا لم يكن عليه لواحد منهما خشب فأراد أحدهما أن يضع عليه خشباً له ذلك ولا يكون لصاحبه منعه ولكن يقال له ضع أنت مثل ذلك إن شئت.

ومنها: ما هو جائز بالاتفاق أيضاً، وهو ما إذا كان له جذوع ولشريكه أكثر منها فله المساواة باتفاق كلماتهم كما ستطلع عليه قريباً إن شاء الله تعالى، كذا قالوا.

وأقول: هذه المسألة، وهي ما إذا كانت حمولته عدمة ينبغي أن تكون عين المسألة الأولى الجائزة بالإتفاق، تأمل.

ومنها: ما هو مقيد على قول والراجح الإطلاق، وهي ما إذا كان لأحدهما عليه حمولة وليس للآخر ذلك فأراد أن يحدث حمولة فالمرجح له أن يحدث إذا كان الحائط يحتمل ذلك. وقال بعضهم في هذه الصورة: إن كانت حمولة صاحبه عدمة فله ذلك، وإن كانت

قديمة فليس له ذلك. ثم في هذه الصورة على الراجح قد صرحوا بأنه إن كان الحائط لا يحتمل حمولتين يؤمر الآخر برفع حمولته لتحصل التسوية مع صاحبه أو برفع البعض لتمكن شريكه من الحمل فهو كالمهايأة.

ومنها: ما هو مقيد بعدم المضرة، وهو ما إذا كان لهما عليه حمولة وحمولة أحدهما أسفل من حمولة الآخر فأراد هو أن يرفع حمولته ويضعها بإزاء حمولة صاحبه فله ذلك وليس لصاحبه منعه، وكذا لو كانت حمولة أحدهما في وسط الجدار وحمولة الآخر في أعلاه فأراد أن يضع حمولته في أعلى الجدار له ذلك إذا لم يدخل على الأعلى مضرة، وكذا إذا أراد أن يسفل الجذوع، وقيده بعضهم بما إذا[1] انهدم أو هدمه؛ لأنه إذا يحصل ذلك يحصل مضرة ولا بد، والمدار في أجناس هذه على عدم الضرر.

ومنها: ما هو مختلف فيه وهو التعلي، وهو أن يزيد في أعلى الجدار في هواء المشترك كان للآخر منعه لأنه تصرف في شيء مشترك، وهو المروي عن محمد، وقيل لا يمنع.

أقول: والحاصل: أن في مسألة التعلي ثلاثة أقوال: أحدها: له التعلي مطلقاً. ثانيها: له بما إذا لم يكن خارجاً عن الرسم المعتاد، واعتمده ابن الشحنة والشرنبلالي ثالثها: المنع مطلقاً، واعتمده قاضيخان واقتصر عليه في الخيرية فكان عليه الاعتماد، وبالعمل به صدر الأمر السلطاني وجرى عليه في المجلة في مادة ألف ومائتين وعشرة.

قال في الذخيرة: إذا كان الحائط بين رجلين وليس لواحد منهما فأراد أحدهما أن يضع عليه خشباً له ذلك، ولا يكون لصاحبه أن يمنعه عن ذلك ولكن يقال أنت ضع مثل ذلك إن شئت، هكذا حكى الإمام النيسابوري. وكان بين[2] هذا وبين ما إذا كان لهما عليه خشب فأراد أحدهما أن يزيد عليه خشباً على خشب صاحبه وأراد أن يتخذ ستراً أو يفتح كوة أو باباً حيث لا يكون له ذلك إلا بإذن صاحبه وكان لصاحبه ولاية المنع.

والفرق أن القياس أن لا يكون له ولاية وضع الخشب من غير إذن شريكه لأنه تصرف في شيء مشترك إلا إذا تركنا القياس لضرورة أنا لو منعناه عن وضع الخشب من غير إذن شريكه ربما لا يأذن له شريكه في ذلك فتتعطل عليه منفعة الحائط. وهذه الصورة معدومة في زيادة الخشب وفتح الكوة فيرد إلى القياس اهـ. ومثله في البزازية وغيرها من الكتب المعتبرة، لكنه مقيد في البزازية بما إذا كان الحائط يحتمل ذلك، وهذا القيد لا بد منه في أمثال هذا. وعبارة الذخيرة أطلقه وقيدناه بما أسلفناه لك، فتنبه.

---

(١) في ط (قوله بما إذا) كذا بالأصل.

(٢) في ط (قوله وكان بين الخ) كذا بالأصل.

. . . .

قال السرخسي في الوجيز عن النوادر: حائط بين رجلين ولأحدهما عليه عشر خشبات وللآخر أربع فلصاحب الأربع أن يتم عشر خشبات مثل صاحبه وليس له الزيادة، وإن كان لأحدهما عليه خشب ولا شيء للآخر عليه فأراد أن يحمل مثل خشب صاحبه، قيل له ذلك، وقيل ليس له ذلك اهـ. فانظر كيف نقل الخلاف في الصورة الثانية ولم يحكه في الأولى، والفرق بينهما واضح كما ستقف عليه.

قال برهان الدين الكركي في الفيض من كتاب الحيطان: حائط بين رجلين وكان لأحدهما عليه جذوع أكثر من جذوع الآخر فلصاحب القليل أن يزيد في جذوعه حتى تكون مثل جذوع صاحبه اهـ.

وفي العمادية: ولو كان جذوع أحدهما أكثر فللآخر أن يزيد في جذوعه إذا كان الحائط يحتمل ذلك ولم يفصلوا بين القديم والحديث اهـ.

قال في الخانية: ولو كان الحائط بين داري رجلين كل واحد منهما يدعيه ولكل واحد منهما عليه جذوع يقضى بينهما نصفين هو المختار، فإن كانت جذوع أحدهما أكثر فللآخر أن يزيد في جذوعه حتى تكون مثل جذوع الآخر، وهذا إذا كان الحائط يحتمل الزيادة، فإن كان لا يحتمل ليس له أن يزيد اهـ.

قلت: وانظر إلى قوله وكل واحد يدعيه إلى قوله يقضى نصفين صريحاً في أنه لا يلزم في هذه الصورة أن يكون الحائط ثابتاً بالبينة بينهما، خلافاً لمن وهم من أنه لا تثبت المساواة في وضع الجذوع إلا إذا ثبت الحائط لهما بالبينة، ومنشؤه أخذاً من عبارة الذخيرة وذلك من عدم التأمل بها.

وحاصل عبارة الذخيرة: أن الملك الثابت بنوع ظاهر كالاتصال والتربيع لا يصلح لإبطال حق الآخر لأن ها هنا لم نبطل حق الآخر بل قصدنا المساواة، نعم هذا يظهر لمن يثبت له الحائط بالتربيع وكان لصاحبه جذوع فليس له أن يرفع جذوع الآخر إلا إذا ثبت الحائط بالبينة فله رفع جذوع الآخر كما ستراه في عبارة الذخيرة، هذا وقد اتفقت كلمتهم في كتاب الصلح على أنه لو كان جذوع أحدهما أكثر فللآخر أن يزيد في جذوعه إن كان يحتمل.

ولما كانت هذه المسألة الثانية قاس عليها الفقيه أبو الليث المسألة الثالثة، وهي ما إذا كان لأحدهما عليه جذوع وأراد الآخر أن يحدث جذوعاً فرجح هو والحسام الشهيد، وهما من أهل الترجيح جواز إحداث الجذوع أيضاً مطلقاً قديمة كانت الأولى أو لا، وإن كان بعضهم قد أبدى فرقاً بين الحديثة والقديمة كما ستطلع عليه.

قال الحسام الشهيد في الفتاوى الصغرى: ولو كان لأحدهما عليه حمولة وليس

للآخر عليه حمولة ويريد الذي لا حمولة له أن يضع على هذا الجدار حمولة مثل حمولة شريكه، إن كانت حمولته عليها محدثة فللآخر أن يضع عليه حمولة مثلها، وإن كانت الحمولة التي له قديمة فليس للآخر أن يضع حمولة. قال الفقيه أبو الليث: للآخر أن يضع عليه حمولة مثل حمولة صاحبه إن كان الحائط يحتمل مثل ذلك مطلقاً: أي سواء كانت حمولة صاحبه محدثة أو قديمة؛ ألا ترى أن أصحابنا قالوا في كتاب الصلح: لو كان جذوع أحدهما أكثر فللآخر أن يزيد في جذوعه إن كان يحتمل ذلك، ولم يشترطوا لا قديماً ولا حديثاً.

وقال أبو القاسم: في حائط بين رجلين لأحدهما عليه جذوع فأراد الآخر أن ينصب عليه جذوعاً فمنعه من ذلك صاحبه والجدار لا يحتمل ذلك: أي الحمل يقال لصاحب الجذوع إن شئت فحط حملك لتستوي مع صاحبك، وإن شئت فحط عنه ما يمكن شريكك من الحمل؛ لأن البناء الذي عليه إن كان بغير رضا صاحبه فهو معتد ظالم، وإن كان بإذن صاحبه فهو عارية؛ ألا يرى أن داراً بين رجلين وأحدهما ساكنها فأراد الآخر أن يسكن معه والدار لا تسع سكناهما فإنهما يتهايآن بها. كذا هنا قال الفقيه أبو الليث: وروينا عن أبي بكر خلاف هذا، وبقول أبي القاسم نأخذ.

ووجه القائل بالمنع العرف، لجواز أن يكون هذا مستحقاً لأحدهما من أصل الملك وذلك حال القسمة بأن يقع الحائط بنصيب أحدهما ويكون للآخر عليه حق الخشب، أما تلك المسألة وهي ما لو كان لكل واحد منهما عليه خشبات ففيها دل على أن التصرف في الابتداء ثبت لهما فيثبت بعد ذلك لهما. كذا في شرح الوهبانية لابن الشحنة.

أقول: ومقتضى كلامه أن المسألة الثانية اتفاقية، فافهم.

والحاصل: أن كلا الشريكين إذا لم يكن لهما عليه حمولة صاحبه كان لكل واحد منهما وضع حمولة بلا إذن شريكه اتفاقاً، وأن أحد الشريكين إذا كان له حمولة أنقص من حمولة صاحبه كان له المساواة اتفاقاً أيضاً وأن أحد الشريكين إذا كان له حمولة والثاني لا حمولة له كان له أن يساوي مع صاحبه على ما رجحه أبو الليث والحسام الشهيد قياساً على المسألة الاتفاقية كما تقدم، وأن أحد الشريكين إذا أراد أن يسقف الجذوع أو يعليها أو يتوسط بها المساواة عند عدم الضرر له ذلك، وأن أحد الشريكين إذا أراد أن يعلي بأن يزيد في الجدار في هواء مشترك لم يكن للآخر منعه، والمروي عن محمد له المنع، ولذا قدمه ابن وهبان في المنظومة بقوله. [الطويل]

وَمَا لِلشَّرِيكِ أَنْ يُعَلِّي خَشَبَةً وَقِيلَ إِذَا لَمْ يَضُرَّ فَيُعَمَّرُ

وعلى المنع مطلقاً مشى في الخانية فليكن هو المعول.

وفي الفصولين: ولو أراد أحدهما نزع جذوعه من الحائط فله ذلك لو لم يضر بالحائط. وفيه: انهدم حائط بينهما فبنى أحدهما فإنه وجهين: بناه عليه حمولة أو لا.

والأحكام ثلاثة: أحدها طلب أحدهما قسمة عرصة الحائط وأبى الآخر. والثاني أراد أحدهما أن يبني ابتداء بلا طلب القسمة وأبى الآخر. وثالثها لو بناه بلا إذن شريكه هل يرجع عليه بشيء.

أما الوجه الأول وهو عدم الحمولة عليه، فأما الحكم الأول وهو طلب القسمة وإباء الآخر فقد ذكر في بعض المواضع مطلقاً أنه لا يجبر، وبه نأخذ ص. أما لو لم تكن عرصة الحائط عريضة بحيث لو قسمت لا يصيب كلاً منهما شيء يمكنه أن يبني فيه فالأمر لتعنته في طلب القسمة، وأما لو عريضة بحيث يصيب كلاً منهما ما يمكن البناء فيه فلأن القاضي لو قسم يقرع بينهما، وربما يخرج في قرعة كل منهما ما يلي دار شريكه فلا ينتفع به فلا تقع القسمة مفيدة، وإليه أشار م فيما روى عنه هشام: انهدم حائط بينهما فقال أحدهما أقسم والآخر أبى قال لا أقسم بينهما إذ ربما يصيب كلاً منهما ما يلي دار شريكه. وبعض المشايخ قالوا: لو كان القاضي لا يرى القسمة إلا بإقراع لا يستقيم ما مر، وأما لو يراها بلا إقراع فيقسمه لو كانت العرصة عريضة على وجه مر ويجعل نصيب كل منهما مما يلي داره تتميماً للمنفعة عليهما.

مَطْلَبٌ: لَوْ كَانَتْ عَرْصَةُ الحَائِطِ عَرِيضَةً تُقْسَمُ بَيْنَهُمَا وَيُعْطَى كُلًّا مِنْ جِهَةِ دَارِهِ بِلَا قُرْعَةٍ وَجَبْرُ الآبِي بِهِ يُفْتَى

وقال ص: لو عريضة فالقاضي يجبر الآبي على كل حال وبه يفتى، إذ العرصة لو عريضة على وجه مر فطالب القسمة طالب بما تتم المنفعة عليه فيجبر شريكه عليه كدار وأرض. م: يجبر الآبي على قسمة حائط بينهما وذكر الجبر بلا فصل بين العريضة وغيرها اهـ.

أقول: يؤخذ من هذا جواب حادثة الفتوى، وهي دار لزيد ودار أخرى مشتركة بينه وبين عمرو أراد زيد قسمتها وأخذ حصته منها من جهة داره حيث لا يمكن الاتصال إليها إلا من داره والدار قابلة للقسمة والمعادلة ممكنة فللقاضي قسمتها على هذا الوجه وإن لم يرض عمرو بذلك، ولا تلزم القرعة في هذه، على أن القرعة ليست بواجبة على القاضي، غاية ما في الباب أنهم قالوا: ينبغي أن يقرع بينهما تطييباً لقلوبهما، ولا نقول إن ينبغي هنا بمعنى يجب لما أنهم صرحوا في غير ما كتاب أنها مستحبة لا سيما وفيه رفع الضرر عن أحدهما وعدم الضرر بالآخر، فتأمل وراجع.

وفي الفصولين: الحكم الثاني أراد أحدهما أن يبني ابتداء بلا طلب القسمة وأبى

. . . .

الآخر، فلو عرصة الحائط عريضة بحيث لو قسمت أصاب كل واحد منهما ما يمكنه أن يبني فيه حائطاً لنفسه لا يجبر على البناء في ملك شريكه إلا إذا تضرر شريكه بتركه ولا ضرر هنا، ولو غير عريضة فاختلف المشايخ، قيل لا يجبر، وقيل يجبر وهو الأشبه، إذ بتركه يتضرر شريكه بتعطيل منافع الحائط والباني لا يتضرر إذ يحصل له بدل ما أنفق، ومال إلى الثاني الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل والشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة. الحكم الثالث: لو بنى أحدهما بلا إذن شريكه هل يرجع على شريكه بشيء؟ اختلف المشايخ فيه: قيل لا يرجع مطلقاً، وهكذا ذكر في كتاب الأقضية، وهكذا ذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى في النوازل عن أصحابنا. وقيل لو عريضة على ما بينا لا يرجع لأنه غير مضطر فيه، وإن كانت غير عريضة يرجع. قلت: لأحدهما أن يمتنع من البناء إذ له أن يقاسم أرض الحائط نصفين. ولو بنى أحدهما لا يرجع على شريكه إذ ليس له أخذه بالبناء.

الوجه الثاني: لو كان على الحائط حمولة بأن كان عليه جذوع فهو على وجهين: أحدهما وهو ما لو كان لهما عليه جذوع وطلب أحدهما قسمة عرصة الحائط لا يجبر شريكه عليها إلا عن تراض منهما ولو عريضة على ما بينا إذ تعلق حق كل منهما بكل العرصة وهو وضع الجذوع على جميع الحائط، فلو قسمت بلا رضا أحدهما يسقط عما حصل لشريكه بلا رضاه وأنه لم يجز، فلو أراد أحدهما البناء وأبى الآخر قال ض: لا يجبر لو عريضة. وذكر شيخ الإسلام أنه لا يجبر بلا تفصيل. ذكر شج أنه يجبر من غير تفصيل، وبه يفتى. إذ في عدم الجبر تعطيل حق شريكه إذ له حق وضع الجذوع على جميع الحائط. ولو بنى أحدهما بدون إذن شريكه. قيل لو عريضة على ما فسرنا لا يرجع الباني ويكون متطوعاً، وكذا عن محمد وهو الصحيح، إذ للثاني حق وضع الجذوع على جميع الحائط ولا يتوصل إليه إلا ببناء جميع الحائط فكان مضطراً في البناء فلا تبرع، كما لو غير عريضة فبناه أحدهما ر ع. وفي الهندية: هكذا ذكر الخصاف في نفقاته. وبعض مشايخنا قالوا: لا يكون متطوعاً، وإليه أشار في كتاب الأقضية، وهكذا روي عن ابن سماعة في نوادره رحمه الله تعالى وهو الأصح. هكذا في المحيط.

قال صاحب جامع الفصولين أقول: مر أن الفتوى على أن شريكه يجبر على البناء ولا اضطرار فيما يجبر، وسيجيء تحقيقه فينبغي أن تكون الفتوى على أنه متبرع، والله تعالى أعلم.

وإن كان بناه بإذنه ليس له أن يمنعه، لكن يرجع عليه بنصف ما أنفق. كذا في فتاوى قاضيخان.

. . . .

صل: انهدم حائطهما وعليه جذوع لأحدهما وطلب رب الجذوع البناء من شريكه لا يجبر عليه ويقال لهما إن شئتما اقتسما أرض الحائط، ولو شاء رب الجذوع البناء وأراد الآخر القسمة يقسم بينهما نصفين.

الوجه الثاني من هذا الوجه: لو لأحدهما عليه حمولة وطلب هو القسمة وأبى الآخر يجبر الآبي لو عريضة كما مر وهو الصحيح، وبه يفتى. ولو أراد ذو الحمولة البناء وأبى الآخر فالصحيح أنه يجبر لما مر فيما لهما عليه حمولة. ولو بنى ذو الحمولة فحكمه حكم ما لهما عليه حمولة فالصحيح أنه يرجع لما مر ثمة أنه مضطر. ولو بناه الآخر وعرصة الحائط عريضة كما مر فهو متبرع إذا لم يضر في البناء إذ لا يجبر به حقاً لنفسه، ثم في كل محل لم يكن الباني متبرعاً كما له أو لهما عليه حمولة كان للباني منع صاحبه من الانتفاع إلى أن يرد عليه ما أنفق أو قيمة البناء على ما اختلفوا فيه على ما يأتي إن شاء الله تعالى، فلو قال صاحبه أنا لا أنتفع بالبناء هل يرجع الباني؟ قيل لا يرجع، وقيل يرجع.

شجي: ربّ العلو يرجع على رب السفل بقيمة السفل مبنياً لا بما أنفق.

فض يرجع بما أنفق في السفل، وأما في الحائط المشترك فيرجع بنصف ما أنفق.

واستحسن بعض المتأخرين فقالوا: لو بنى بأمر القاضي يرجع بما أنفق، ولو بنى بلا أمر القاضي رجع بقيمة البناء.

لأحدهما بناء وأبى جاره أن يبني لا يجبر. قال ت: هو القياس وهو قول علمائنا. وقال بعضهم: لا بد من بناء يكون ستراً بينهما وبه نأخذ، وإنما قال أصحابنا إنه لا يجبر لأنهم كانوا في زمن الصلاح، أما في زماننا فلا بد من حاجز بينهما.

جص: جدار بين كرمين لرجلين انهدم فاستعدى أحدهما على السلطان لما أبى شريكه أن يبني فأمر السلطان بناء برضا المستعدي أن يبنيه على أن يأخذ الأجر منهما فله أخذه منهما.

وقال أبو بكر: انهدم جدار بينهما وأحدهما غائب فبناه الحاضر في ملكه من خشب وبقي موضع الحائط على حاله ثم قدم الغائب فأراد أن يبني على طرف الحائط مما يلي جاره ويجعل ساحة الحائط إلى ملكه ليس له ذلك، ولو أراد أن يبني حائطاً غلظه كالأول أو يبني أدق منه في وسط الأس ويدع الفضل من أسه مما يلي ملكه له ذلك. كذا في جامع الفصولين ومثله في نور العين.

لكن قال في الهندية: جدار بين رجلين انهدم وأحد الجارين غائب فبنى الحاضر في ملكه جداراً من خشب وترك موضع الحائط على حاله فقدم الغائب فأراد أن يبني الحائط في الموضع القديم ومنعه الآخر. قال الفقيه أبو بكر: إن أراد الذي قدم أن يبني على

موضع طرف الحائط مما يليه جاز، وإن جعل مساحة أس الحائط في جانب نفسه ليس له ذلك، وإن أراد أن يبني حائطاً كما كان أو أدق منه ويترك الفضل من الجانبين سواء له ذلك. كذا في فتاوى قاضيخان في الحيطان اهـ.

أقول: وهذا أشبه بالقواعد، ولم يظهر لي ما نقله في جامع الفصولين، وتبعه في نور العين.

وفي جامع الفصولين: وقال في جدار بينهما ولكل منهما عليه حمولة فوهى الحائط فأراد أحدهما رفعه ليصلحه وأبى الآخر ينبغي أن يقول مريد الإصلاح للآخر ارفع حمولتك باسطوانات وعمد ويعلمه أنه يريد رفعه في وقت كذا ويشهد على ذلك فلو فعله وإلا فله رفع الجدار، فلو سقط حمولته لم يضمن.

فش: حائط بينهما وهى ويخاف سقوطه فأراد أحدهما نقضه وأبى الآخر يجبر على نقضه، ولو هدما حائطاً بينهما فأبى أحدهما عن بنائه يجبر، ولو انهدم لا يجبر ولكنه يبني الآخر فيمنعه حتى يأخذ نصف ما أنفق لو أنفق بأمر القاضي ونصف قيمة البناء لو أنفق بلا أمر القاضي انتهى.

أقول: قوله لا يجبر صريح في أنه ليس للآخر منعه من البناء لأن له غرضاً في وصوله إلى حقه، فلا يقال هو تصرف في المشترك فكان ينبغي أن لا يكون يجوز بدون رضا الشريك.

وأقول: قيد بقوله وهى لأنه لو لم يكن كذلك لا يملك هدمه وبناءه لأنه تصرف في المشترك؛ ولا بد وأن يكون معنى قوله ولكنه يبني: أي بعد النقض المشترك، أما به لا لأنه تصرف في المشترك. تأمل رملي.

وفي جامع الفصولين برمز ث: قال أبو بكر في جدار بينهما وبيت أحدهما أسفل وبيت الآخر أعلى قدر ذراع أو ذراعين فانهدم فقال ذو الأعلى لذي الأسفل ابن لي حذاء أسفل ثم تبني جميعاً ليس له ذلك، بل يبنيانه جميعاً من أسفله إلى أعلاه.

قالت: ولو بيت أحدهما أسفل بأربعة أذرع أو نحوها قدر ما يمكن أن يتخذ بيتاً فإصلاحه على ذي الأسفل حتى ينتهي إلى على البيت الآخر لأنه كحائطين سفل وعلو، وقيل بيناء الكل

قال أبو القاسم: في حائط بينهما عليه لأحدهما غرفة وللآخر سقف بيت فهدما الحائط من أسفله ورفعا أعلاه بأساطين ثم اتفقا حتى بنيا فلما بلغ البناء موضع سقف هذا أبى رب السقف أن يبني معه لا يجبر أن ينفق فيما جاوزه. وقال: حائط بينهما انهدم جانب منه فظهر أنه ذو حائطين متلاصقين فأراد أحدهما رفع جداره وزعم أن الجدار

الباقي يكفي للآخر سترة بينهما وزعم الآخر أن جداره لو بقي ذا طاق يرى بيتهلم، فلو سبق منهما إقرار أن الحائط بينهما قبل أن يتبين أنه حائطان فكلاهما بينهما، وليس لأحدهما أن يحدث في ذلك شيئاً إلا بإذن الآخر، ولو أقر أن كل حائط لصاحبه فلكل منهما أن يحدث فيه ما أحب. قاضيخان.

حائط بين رجلين انهدم فبناه أحدهما عند غيبة شريكه. قال أبو القاسم: إن بناه بنقض الحائط الأول فهو متبرع ولا يكون له أن يمنع شريكه من الحمل عليه، وإن بناه بلبن أو خشب من قبل نفسه فليس للشريك أن يحمل على الحائط حتى يؤدي نصف قيمة الحائط.

أراد أحدهما نقض جدار مشترك وأبى الآخر فقال له صاحبه أنا أضمن لك كل شيء ينهدم لك من بيتك وضمن ثم نقض الجدار بإذن شريكه فانهدم من منزل المضمون له شيء لا يلزمه ضمان ذلك، وهو بمنزلة ما لو قال رجل لآخر ضمنت لك ما يهلك من مالك لا يلزمه شيء. خلاصة.

حائط بين اثنين لهما عليه خشب فبنى أحدهما للباني أن يمنع الآخر من وضع الخشب على الحائط حتى يعطيه نصف البناء مبنياً.

وفي الأقضية: حائط بين اثنين أراد أحدهما نقضه وأبى الآخر: لو بحال لا يخاف سقوطه لا يجبر، ولو يخاف فعن الفضلي أنه يجبر، فإن هدما وأراد أحدهما أن يبني وأبى الآخر لو أسّ الحائط عريضاً يمكنه بناء حائطه في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك، ولو لم يمكن يجبر، وعليه الفتوى. وتفسير الجبر أنه إن لم يوافقه الشريك فهو ينفق على العمارة، ويرجع على الشريك بنصف ما أنفق لو أسّ الحائط عريضاً يمكنه بناء حائطه في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك، ولو لم يمكن يجبر، وعليه الفتوى. وتفسير الجبر أنه إن لم يوافقه الشريك فهو ينفق على العمارة، ويرجع على الشريك بنصف ما أنفق لو أسّ الحائط لا يقبل القسمة.

وفي فتاوى الفضلي: ولو هدماه وأبى أحدهما من البناء يجبر، ولو انهدم لا يجبر، ولكن يمنع من الانتفاع به ما لم يستوف نصف ما أنفق فيه منه إن فعل ذلك بقضاء القاضي، ولو بغير قضاء فنصف قيمة البناء، وإن انهدم أو خيف وقوعه فهدم أحدهما لا يجبر الآخر على البناء. ولو كان الحائط صحيحاً فهدمه أحدهما بإذن الآخر لا شك أنه يجبر الهادم على البناء إن أراد الآخر البناء كما لو هدماه.

وعن ابن أبي سلمة: لو لهما عليه حمولة وانهدم وأبى الآخر العمارة فبنى أحدهما يمنع الآخر من وضع الحمولة حتى يؤدي نصف ما أنفق، وإن لم يكن عليه حمولة لا يجبر

وأما حق المطالبة برفع جذوع وضعت تعدياً فلا يسقط بإبراء ولا صلح وعفو وبيع وإجارة. أشباه، من أحكام الساقط لا يعود، فليحفظ.

(ولو بيت من دار) فيها بيوت كثيرة **(لذي بيوت)** منها **(في حق ساحتها فهي بينهما نصفين)**

على العمارة ولا يرجع بشيء لأنه بمنزلة المستعير، وهذا كله إذا أنفق في العمارة بغير إذن صاحبه، فلو بإذنه أو بأمر الحاكم يرجع عليه بنصف ما أنفق. وفي البناء المشترك: لو أحدهما غائباً فهدم الآخر بإذن القاضي أو بلا إذنه لكن بنى بإذن القاضي فهو كإذن شريكه لو حاضراً فيرجع عليه بما أنفق لو حضر. كذا في نور العين.

أقول: أما قوله وإن لم يكن عليه حمولة لا يجبر الخ هذا على جواب المتقدمين. وأما على ما اختاره المتأخرون من أنه إذا كان له حرم فهو بمنزلة ما لو كان له عليه حمولة، تأمل وراجع. قوله: **(فلا يسقط بإبراء)** أي عن رفع الجذوع، لأن الإبراء لا يكون في الأعيان بل عما في الذمة. قوله: **(ولا صلح)** بشيء عن الرفع لجهالة مدة الوضع. قوله: **(وبيع)** أي إذا باع الواضع أو الموضوع على حائط داره فللمشتري حق المطالبة بالرفع. وذكر الحموي أن المراد بالبيع بيع الحائط الموضوع عليه الجذوع وإجارتها. قوله: **(وإجارة)** أي إذا آجر داره منه لا تسقط المطالبة بالرفع بالإجارة. قوله: **(أشباه من أحكام الساقط لا يعود)** صوابه: لا يقبل الإسقاط من الحقوق وما لا يقبله وهو قبله. ولذا قال ط: ولم أقف عليه. وسيأتي للشارح في العارية عن الأشباه: تلزم العارية فيما إذا استعار جدار غيره لوضع جذوعه فوضعها ثم باع المعير الجدار ليس للمشتري رفعها؛ وقيل تجب إلا إذا شرطه وقت البيع.

قلت: وبالقيل جزم في الخلاصة والبزازية وغيرهما، وكذا قاضيخان من باب ما يدخل في البيع تبعاً من الفصل الأول، ومثله في الأشباه من العارية، لكن فيه أن الشرط إذا كان لا يقتضيه العقد لا يلائمه وفيه نفع لأحد المتعاقدين أو لآخر من أهل الاستحقاق ولم يتعارف بين الناس يفسد البيع، فلو كان متعارفاً كما هنا على أنه يحذوه البائع فالبيع صحيح للعرف. تأمل. قوله: **(ولو بيت)** يعني إذا كان بيت من دار فيها بيوت كثيرة في يد رجل والبيوت الباقية في يد آخر. قوله: **(في حق ساحتها)** بالحاء المهملة هي عرصة في الدار أو بين يديها.

قال في شرح الطحاوي: ولو كان العلو في يد أحدهما والسفل في يد آخر والساحة في أيديهما ولم يكن لهما بينة وحلفا وكل منهما يدعي الجميع يترك السفل في يد صاحبه والعلو كذلك والساحة لصاحب السفل، ولصاحب العلو حق المرور في رواية، وفي رواية أخرى الساحة بينهما نصفان اهـ. قوله: **(فهي بينهما نصفين)** لأنهما استويا في استعمال

كالطريق (بخلاف الشرب) إذا تنازعا فيه (فإنه يقدر بالأرض) بقدر سقيها.

(برهنا) أي الخارجان (على يد) لكل منهما

للساحة في المرور ووضع الأمتعة وكسر الحطب ونحو ذلك ولم تكن في يد أحدهما دون الآخر وهما في ذلك سواء فتنصف بينهما كالطريق، لأن الترجيح بالقوة لا بالكثرة.

قال العلامة أبو السعود: وفيه أن القسمة على الرؤوس في الساحة والطلمة وأجرة القسام والنوائب: أي النوائب المأخوذة ظلماً والعاقلة وما يرمى من المركب خوف الغرق والطريق اهـ. قوله: (كالطريق) فإنه يستوي فيها صاحب البيت وصاحب المنزل وصاحب الدار. اتقاني. وصاحب بيت وصاحب بيوت.

قال في القنية: الطريق يقسم على عدد الرؤوس، لا بقدر ساحة الأملاك إذا لم يعلم قدر الأنصباء، وفي الشرب متى جهل قدر الأنصباء يقسم على قدر الأملاك لا الرؤوس اهـ.

واعترض بأن البيوت الكثيرة تجمع عادة جمعاً كثيراً بالنسبة إلى البيت الواحد فيكون احتياجهم إلى نحو التوضي أكثر وقوة فينبغي أن يرجح صاحبها ولا أقل أن يساوي.

أقول: المسألة من مسائل الجامع الصغير، والمجتهد ليس بغافل عن مثل هذه الملاحظة، فاللازم علينا أن نلاحظ وجه الاستنباط وذا هنا أنه ثبت في أصولهم أن الترجيح لا يقع بكثرة العلل فتفرع عليه مسائل جمة: منها هذه المسألة، ومنها مسألة أنه لا يرجح صاحب الجراحات على صاحب جراحة واحدة، فإنه إذا مات مجروح يجب القصاص عليهما في العمد والدية نصفين في الخطأ حيث لم يعتبروا عدد الجراحات مع إمكان اعتبار تقسيم الدية عليها، فكذا لم يعتبروا تعدد البيوت في تقسيم الساحة عليها فضلاً أن يرجح صاحبها ويحكم بكل الساحة له سوى حق المرور لصاحب البيت. تأمل. قوله: (بخلاف الشرب) لأن الشرب يحتاج إليه لأجل سقي الأرض، فعند كثرة الأراضي تكثر الحاجة إليه فيقدر بقدر الأراضي. منح.

وفي الثالث عشر من البزازية: دار فيها عشرة أبيات لرجل وبيت واحد لرجل تنازعا في الساحة أو ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر تنازعا فيه فذلك بينهما نصفان ولا يعتبر بفضل اليد، كما لا اعتبار لفضل الشهود لبطلان الترجيح بكثرة الأدلة اهـ. وبه علم أن ذلك حيث جهل أصل الملك، أما لو علم كما لو كانت الدار المذكورة كلها لرجل ثم مات عن أولاد فتقسموا البيوت منها فالساحة بينهم على قدر البيوت. قوله: (يقدر بالأرض بقدر سقيها) فعند كثرة الأراضي تكثر الحاجة إليه فيتقدر بقدر الأراضي، بخلاف الانتفاع بالساحة فإنه لا يختلف باختلاف الأملاك كالمرور في الطريق. زيلعي. قوله: (برهنا أي الخارجان الخ) أي إن لم تكن يد لهما، ولعل معناه أنها كانت في

(في أرض قضي بيدهما) فتنصف (ولو برهن عليه) أي على اليد (أحدهما أو كان تصرف فيها) بأن لبّن أو بنى (قضي بيده) لوجود تصرفه.

(ادعى الملك في الحال وشهد الشهود أن هذا العين كان ملكه تقبل) لأن ما ثبت في زمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل. درر.

(صبي يعبر عن نفسه) أي يعقل ما يقول (قال أنا حر فالقول له) لأنه في يد

أيديهما لأنهم في حالة الدعوى خارجان. وعبارة الشرح هنا تبع فيها الدرر والمنح. وعبارة الزيلعي كغيرها تفيد أنهما ذو أيد.

وفي الفصولين خ: ادعى كل منهما أنه له وفي يده: ذكر محمد في الأصل أن على كل منهما البينة وإلا فاليمين، إذ كل منهما مقر بتوجه الخصومة عليه لما ادعى اليد لنفسه، فلو برهن أحدهما حكم له باليد ويصير مدعى عليه والآخر مدعياً، ولو برهنا يحكم المدعي في يدهما لتساويهما في إثبات اليد. وفي دعوى الملك في العقار لا تسمع إلا على ذي اليد، ودعوى اليد تقبل على غير ذي اليد لو نازعه ذلك الغير في اليد فيجعل مدعياً لليد مقصوداً ومدعياً للملك تبعاً اهـ.

وفي الكفاية: وذكر التمرتاشي: فإن طلب كل واحد يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فإن حلفا لم يقض باليد لهما وبرئ كل عن دعوى صاحبه وتوقف الدار إلى أن يظهر الحال، فإن نكلا قضي لكل بالنصف الذي في يد صاحبه، وإن نكل أحدهما قضي عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان في يد صاحبه بنكوله، وإن كانت الدار في يد ثالث لم تنزع من يده لأن نكوله ليس بحجة في حق الثالث اهـ. فعلم أن الخارجين فيه اتفاقي فالأولى حذفه. قوله: (قضي بيدهما فتنصف) لأن اليد فيها غير مشاهدة لتعذر إحضارها والبينة تثبت ما غاب عن علم القاضي. درر. وفيه إشارة إلى أن اليد لا تثبت في العقار بالتصادق وكذا بالنكول عن اليمين لاحتمال أنه في يد غيرهما. وإن ادعيا أنه في يد أحدهما فكذلك لأنهما يمكن أنهما تواضعا على ذلك ط. وأشار إلى أنه لو طلبا القسم لم يقسم بينهما ما لم يبرهنا على الملك. قيل هذا بالاتفاق، وقيل هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وعندهما يقسم بينهما كما في الشروح. قوله: (بأن لبّن أو بنى) ولبن بتشديد الباء: أي ضرب فيها لبناً وهو الطوب النيء، بخلاف المشوي فإنه آجر. قوله: (قضي بيده لوجود تصرفه) لأن التمكن من هذه الأشياء دليل على أنها في يده، وعلى ذلك إذا لم يقم الآخر برهاناً كما لا يخفى. زيلعي. قوله: (لأن ما ثبت في زمان يحكم ببقائه) لشهادتهم بثبوت الملك في الحال والماضي. قوله: (فالقول له) فلا تقبل دعوى أحد عليه أنه عبده عند إنكاره إلا ببينة. اهـ. درر. وهذا لأن الأصل أن يكون لكل إنسان يد في نفسه إبانة لمعنى الكرامة، إذ كونه

نفسه كالبالغ (فإن قال أنا عبد لفلان) لغير ذي اليد (فهو) به (لذي اليد) كمن لا يعبر عن نفسه؛ لإقراره بعدم يده (فلو كبر وادعى الحرية تسمع مع البرهان) لما تقرر أن التناقض في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى.

في يد غيره دليل الإهانة ومع قيام يده على نفسه لا تثبت يد الغير عليه للتنافي بين اليدين. حموي. قوله: (فهو به لذي اليد) لا يقال: الإقرار بالرق من المضار فلا يعتبر من الصبي. لأنا نقول: لم يثبت بقوله بل بدعوى ذي اليد لعدم المعارض، ولا نسلم أنه من المضار لإمكان التدارك بعده بدعوى الحرية. ولا يقال: الأصل في الآدمي الحرية فلا تقبل الدعوى بلا بينة، وكونه في يده لا يوجب قبول قوله عليه كاللقيط لا يقبل قول الملتقط إنه عبده وإن كان في يده. لأنا نقول: إنما اعترض على الأصل دليل خلافه بطل وثبوت اليد دليل الملك، ولا نسلم أن اللقيط إذا عبر عن نفسه وأقر بالرق يخالفه في الحكم وإن لم يعبر فليس في يد الملتقط من كل وجه لأنه أمين. زيلعي ملخصاً. حموي. قوله: (كمن لا يعبر عن نفسه) مفهوم من يعبر. قوله: (لإقراره بعدم يده) حيث أقر على نفسه بالملك وثبت رقيته بدعوى ذي اليد الخالية عن المعارض لا بإقراره فكان ملكاً لمن في يده كالقماش ومن لا يعبر بمنزلة المتاع فلا يقبل قوله أنا حر، لكن هنا بعد أن صرح بأنه عبد فلان فيكون مقراً بما للغير فلا يسري إقراره عليه: أي على الغير، بخلاف ما إذا لم يكن بيد أحد حيث يصح إقراره لأنه حينئذ في يد نفسه. تأمل. قوله: (لا يمنع صحة الدعوى) لا سيما وقد صدر الإقرار الأول حال عدم التكليف.

فروع رحى ماء بينهما في بيت لهما فخربت كلها حتى صارت صحراء لم يجبرا على العمارة وتقسم الأرض بينهما: أي بطلبهما أو بطلب أحدهما، ولو قائمة بينائها وأدواتها إلا أنه ذهب شيء منها يجبر الشريك على أن يعمر مع الآخر ولو معسراً قيل لشريكه أنفق أنت لو شئت ليكون نصفه ديناً على شريكك وكذا الحمام لو صار صحراء تقسم الأرض بينهما، ولو تلف شيء منه يجبر الآبي على عمارته.

ن عن م: في حمام بينهما انهدم بيت منه أو احتاج إلى قدر ومرمة وأبى أحدهما لا يجبر ويقال للآخر إن شئت فابنه أنت وخذ من غلته نفقتك ثم تستويان.

ط عن بعض المتأخرين: لو أبى أحدهما فالقاضي يخرج الحمام من أيديهما ويؤجره ثم يعمره فيأخذ نفقته من أجرته. كذا في جامع الفصولين.

وفي الخانية من باب الحيطان: دار بين رجلين انهدمت أو بيت بين رجلين انهدم فبناه أحدهما لا يرجع هو على شريكه بشيء لأن الدار تحتمل القسمة، فإذا أمكنه أن يقسم يكون متبرعاً في البناء والبيت، كذلك إذا كان كبيراً يحتمل القسمة، وكذلك الحمام إذا خرب وصار ساحة، وكذلك البئر أراد به إذا امتلأت من الحمأة فله أن يطالب شريكه

بالبناء، فإذا لم يطالبه وأصلحها وفرقها كان متبرعاً اهـ. ومفاد هذا أن الدار لو كانت صغيرة لا تمكن قسمتها أنه لا يكون متبرعاً لأنه حينئذ يكون مضطراً إلى البناء ليتوصل إلى الانتفاع بملكه، بخلاف ما إذا كانت كبيرة لأنه يمكنه أن يقسم حصته منها ثم يبني في حصته، فإذا بنى قبل القسمة لم يكن مضطراً فيكون متبرعاً. ولذا قيد الحمام بما إذا خرب وصار ساحة لأنه حينئذ تمكن قسمته فإذا لم يقسم يكون متبرعاً، لكن في البئر ينبغي أن لا يكون متبرعاً لكونه مما لا يقسم، لكن أشار صاحب الخانية إلى الفرق بأن له أن يطالب شريكه بالبناء: أي فيجبر شريكه عليه كما صرح به غيره.

مَطْلَبٌ: الأَصْلُ أَنَّ مَا اضْطُرَّ إِلَى بِنَائِهِ مِمَّا لَا يُقْسَمُ لَا يَكُونُ مُتَبَرِّعاً

وإذا أجبر لم يكن الآخر مضطراً فصار الأصل أن ما اضطر إلى بنائه بأن كان مما لا يقسم أو مما لا يجبر الشريك على بنائه فبناه أحدهما لم يكن متبرعاً، وإلا فهو متبرع، لكن استشكل هذا في جامع الفصولين بأن من له حمولة على حائط لو بنى الحائط يرجع لأنه مضطر إذ لا يتوصل إلى حقه إلا به مع أن الشريك يجبر أيضاً كالبئر فينبغي أن يتحد حكمهما.

مَطْلَبٌ: التَّبَرُّعُ وَالرُّجُوعُ دَائِرٌ عَلَى الجَبْرِ وَعَدَمِهِ

ثم قال: والتحقيق أن الاضطرار يثبت فيما لا يجبر صاحبه كما سيجيء، فينبغي أن يدور التبرع والرجوع على الجبر وعدمه إلى أن قال: وبهذا يتخلص من التحير بما وقع في هذا الباب من الاضطراب، ويرشدك إلى الصواب اهـ. لكن عبارة الخلاصة التي ذكرها المؤلف تدل على أن للقاضي أن يأمره ببناء الدار، فإن كان كذلك لم يكن مضطراً إلى البناء إلى شريكه لأنه يمكنه استئذان القاضي. وقد يجاب بأن للقاضي ذلك إذا كان الشريك غائباً مثلاً لأنه حينئذ لا يمكن طلب البناء منه ولا القسمة معه.

والحاصل أنه إذا كانت الدار تحتمل القسمة، فإن أذن له شريكه بنى، وإلا قسمها جبراً عليه ثم بنى في حصته، فإن لم يمكن استئذانه يبني بإذن القاضي، وفيما عدا ذلك فهو متطوع.

وذكر سيدي الوالد رحمه الله تعالى في كتاب القسمة من تنقيحه أن في غير محتمل القسمة للطالب أن يبني ثم يؤجر ثم يأخذ نصف ما أنفق في البناء من الغلة.

وذكر هناك عن الأشباه أنه يرجع بما أنفق لو بنى بأمر قاض وإلا فبقيمة البناء وقت البناء اهـ. وهذا هو المحرر كما قال في الوهبانية، لكن هذا التفصيل إنما ذكروه في السفل إذا انهدم، وعبارة الأشباه مطلقة. والذي يظهر الإطلاق إذ لا فرق يظهر، فيجري ذلك في كل ما يضطر فيه أحدهما إلى البناء كالسفل والجدار والرحى والحمام والبيت والدار الصغيرة والله تعالى أعلم.

باب دعوى النسب

الدعوة نوعان: دعوة استيلاد

وفي الهندية: لو ادعى على آخر حق المرور ورقبة الطريق في داره فالقول قول صاحب الدار، ولو أقام المدعي البينة أنه كان يمر في هذه الدار لم يستحق بهذا شيئاً. كذا في الخلاصة. ولو شهد الشهود أن له طريقاً في هذه الدار جازت شهادتهم وإن لم يحدوا الطريق وهو الصحيح كما في الخانية والمحيط. لكن في المحيط عبر بالأصح إذا كان له باب مفتوح من داره على حائط في زقاق أنكر أهل الزقاق أن يكون له حق المرور في رقابهم فلهم منعه إلا أن تقوم بينة على أن له طريقاً ثابتاً فيها. كذا في المحيط.

إذا كان الميزاب منصوباً إلى دار رجل واختلفا في حق إجراء الماء وإسالته، فإن كان في حال عدم جريان الماء لا يستحق إجراء الماء وإسالته إلا ببينة. هكذا في محيط السرخسي. وليس لصاحب الدار أيضاً أن يقطع الميزاب. كذا في المحيط.

وحكى الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى أنهم استحسنوا أن الميزاب إذا كان قديماً وكان تصويب السطح إلى داره وعلم أن التصويب قديم وليس بمحدث أن يجعل له حق التسييل. وإن اختلفا في حال جريان الماء، قيل القول لصاحب الميزاب ويستحق إجراء الماء، وقيل لا يستحق، فإن أقام البينة على أن له حق المسيل وبينوا أنه لماء المطر من هذا الميزاب فهو لماء المطر، وليس له أن يسيل ماء الاغتسال والوضوء فيه، وإن بينوا أنه لماء الاغتسال والوضوء فهو كذلك، وليس له أن يسيل ماء المطر فيه. وإن قالوا له فيها حق مسيل ماء ولم يبينوا أنه لماء المطر أو غيره صح، والقول لرب الدار مع يمينه أنه لماء المطر أو لماء الوضوء والغسالة. وقال بعض مشايخنا: لا تقبل هذه الشهادة في المسيل، وفي الطريق تقبل. كذا في المحيط. ولو لم تكن للمدعي بينة أصلاً استحلف صاحب الدار ويقضي فيه بالنكول. كذا في الحاوي.

رجل له قناة خالصة عليها أشجار لقوم أراد صاحب القناة أن يصرف قناته من هذا النهر ويحفر له موضعاً آخر ليس له ذلك، ولو باع صاحب القناة القناة كان لصاحب الشجرة شفعة جوار، كذا في الفصول العمادية في الفصل الرابع والثلاثين اهـ والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم.

باب دعوى النسب

حقه التقديم بالنظر إلى أنه دعوى الأنفس، إلا أن دعوى المال لما كانت كثيرة الوقوع والأنواع قدمها اهتماماً. والدعوة إلى الطعام بالفتح، وفي النسب بالكسر، وقد يعكس، وأما بضم فباطل. نهاية. قوله: (الدعوة نوعان) زاد أبو السعود ثالثة، وهي دعوى شبهة، وهي دعوة الأب ولد أمة ابنه فيثبت منه النسب وإن لم يصدقه ابنه بشرط

وهو أن يكون أصل العلوق في ملك المدعي. ودعوة تحرير، وهو بخلافه. والأول أقوى لسبقه واستنادها لوقت العلوق واقتصار دعوة التحرير على الحال، وسيتضح.

(مبيعة ولدت لأقل من ستة أشهر منذ بيعت فادعاه) البائع **(ثبت نسبه)** منه استحساناً

أن تكون الأمة في ملك ابنه من حين العلوق إلى حين الدعوة. قوله: **(وهو أن يكون أصل العلوق في ملك المدعي)** أي حقيقة أو حكماً، كما إذا وطىء جارية ابنه فولدت فادعاه فإنه يثبت ملكه فيها ويثبت عتق الولد ويضمن قيمتها لولده كما تقدم، وحينئذ فيكون النوع الثاني على قسمين: دعوة الملك، ودعوة شبهة الملك، فتبقى الدعوة نوعين لا ثلاثة، لكن الإتقاني جعلها ثلاثة كما قدمناه عن أبي السعود. قوله: **(وهو بخلافه)** بأن لا يكون العلوق في ملك المدعي. قوله: **(واستنادها لوقت العلوق)** عطف علة على معلول. قال في الدرر: والأولى أولى لأنها أسبق لاستنادها. حلبي. وأنت باعتبار المعنى. قوله: **(مبيعة)** ولو بيعاً بخيار للبائع أو المشتري أو لهما إلى وقت الولادة. حموي. والظاهر أنه على قولهما، وإلا فمدة الخيار عنده ثلاثة أيام ط. قوله: **(ولدت لأقل من ستة أشهر)** أفاد أنهما اتفقا على المدة، وإلا ففي التاترخانية من الكافي: قال البائع بعتها منك منذ شهر والولد مني وقال المشتري بعتها مني لأكثر من ستة أشهر والولد ليس منك فالقول للمشتري بالاتفاق، فإن أقاما البينة فالبينة للمشتري أيضاً عند أبي يوسف، وعند محمد للبائع، وسيذكره الشارح بقوله. قوله: **(ولو تنازعا الخ)** وقيد بدعوى البائع، إذ لو ادعاه ابنه وكذبه المشتري صدقه البائع أو لا فدعوته باطلة وقاله فيها. قوله: **(فادعاه البائع)** أي ولو أكثر من واحد. قهستاني. والأداء بالفاء يفيد أن دعوته قبل الولادة موقوفة، فإن ولدت حياً ثبت، وإلا فلا كما في الاختيار، ويلزم البائع أن الأمة لو كانت بين جماعة فشراها أحدهم فولدت فادعوه جميعاً ثبت منهم عنده وخصاه باثنين، وإلا فلا كما في النظم، وبالإطلاق أنه لو لم يصدق المشتري البائع وقال لم يكن العلوق عندك كان القول للبائع بشهادة الظاهر، فإن برهن أحدهما قبلته، وإن برهنا فبينة المشتري عند الثاني وبينة البائع عند الثالث كما في المنية شرح الملتقى. قوله: **(ثبت نسبه)** صدقه المشتري أو لا كما في غرر الأفكار، وأطلق في البائع فشمل المسلم والذمي والحر والمكاتب، كذا رأيته معزواً للاختيار، وشرط أبو السعود أن لا يسبقه المشتري في الدعوى. قوله: **(استحساناً)** أي لا قياساً، لأن بيعه إقرار منه بأنها أمة فيصير متناقضاً. والقياس أن لا يثبت، وبه قال زفر والشافعي لأن بيعه إقرار كما علمت.

وجه الاستحسان أنه تناقض في محل الخفاء فيغتفر لأن النسب يبتني على العلوق، وفيه من الخفاء ما لا يخفى.

لعلوقها في ملكه ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض (و) إذا صحت استندت فـ (صارت أم ولده فيفسخ البيع ويرد الثمن، و) لكن (إذا ادعاه المشتري

ونظيره المختلعة تدعي الطلاق وتريد الرجوع بالبدل مدعية أنه طلقها قبل الخلع تسمع دعواها وإن كانت متناقضة كما قدمناه، لأن إقدامها على الخلع كالإقرار بقيام العصمة، لكن لما كان التناقض في محل الخفاء جعل عفواً لأن الزوج يستقل بالطلاق فلعله طلق ولم تعلم، فإذا أقامت البينة على الطلاق قبلت. قوله: (لعلوقها الخ) قال في المنح: ولنا أن مبنى النسب فيه على الخفاء فيعفى فيه التناقض فتقبل دعوته إذا تيقن بالعلوق في ملكه بالولادة للأقل فإنه كالبينة العادلة في إثبات النسب منه، إذ الظاهر عدم الزنى منها وأمر النسب على الخفاء، فقد يظن المرء أن العلوق ليس منه ثم يظهر أنه منه فكان عذراً في إسقاط اعتبار التناقض ا هـ. قوله: (وإذا صحت) أي الدعوى. قوله: (فيفسخ البيع) لعدم جواز بيع أم الولد. قوله: (ويرد الثمن) لأن سلامة الثمن مبنية على سلامة المبيع. قوله: (ولكن إذا ادعاه المشتري الخ) قال العلامة أبو السعود في حاشيته على مسكين: والحاصل أن البائع إذا ادعى ولد المبيعة فلا يخلو، إما أن تجيء به لأقل من ستة أشهر أم لا. والثاني لا يخلو إما أن تجيء به لأقل من سنتين أم لا، ثم ذلك لا يخلو إما أن يصدقه المشتري في الدعوى أم لا، وكل ذلك لا يخلو إما أن يسبقه المشتري في الدعوى أم لا، بأن ادعاه مع البائع أو بعده أو لم يدع أصلاً، وكل ذلك لا يخلو إما أن يكون الولد المدعي نسبه حياً أو ميتاً، والأول لا يخلو إما أن يوقع المشتري به ما لا يمكن نقضه كالعتق والتدبير، أو ما يمكن كالبيع والكتابة والرهن والإجارة والهبة أم لا، وكذلك الأم على هذا التقسيم إما أن تكون وقت الدعوة حية أو ميتة، فإن كانت حية فإما أن يكون المشتري أوقع بها ما لا يمكن نقضه وهو العتق والتدبير، أو يمكن وهو البيع والكتابة والرهن والإجارة والهبة والتزويج.

إذا عرف هذا فنقول: إذا ادعى البائع ولد المبيعة ينظر إذا جاءت لأقل من ستة أشهر وهو حي لم يتصف بالعتق أو التدبير ولم يسبقه المشتري في الدعوة ثبت النسب من البائع مطلقاً صدقه المشتري أم لا، فالتقييد بالحياة للاحتراز عن الوفاة حيث لا يثبت نسبه، لأن المخلوق لا تثبت للميت ابتداء ولا عليه، والتقييد بعدم اتصافه بالعتق أو التدبير للاحتراز عما إذا كان الولد عند الدعوة عتيقاً أو مدبراً، بأن أعتقه المشتري أو دبره حيث لا يثبت نسبه أيضاً، لأن ثبوت نسبه يستلزم نقض عتقه أو تدبيره، وكل منهما بعد وقوعه لا ينتقض، بخلاف ما إذا ادعى نسبه بعد أن باعه المشتري أو كاتبه أو رهنه أو وهبه أو أجره حيث يثبت نسبه وتنتقض هذه التصرفات، والتقييد بعدم سبق المشتري البائع في الدعوة للاحتراز عما إذا ادعاه قبله فإن النسب منه يثبت ولا يتصور بعده ثبوت النسب

قبله ثبت) نسبه (منه) لوجود ملكه وأميتها بإقراره، وقيل يحمل على أنه نكحها ثم استولدها ثم اشتراها.

(ولو ادعاه معه) أي ادعاه البائع (أو بعده لا) لأن دعوته تحرير والبائع

من البائع، بخلاف ما إذا ادعاه معه أو قبله حيث لا تعتبر دعوة المشتري مع دعوة البائع لأن دعوة البائع أقوى لاستنادها إلى وقت العلوق، بخلاف دعوة المشتري فإنها تقتصر ولا تستند لعدم كون العلوق في ملكه، فيفرق بين ما إذا ادعاه بعد موته أو عتقه أو تدبيره، وبين ما إذا ادعاه بعد كتابته أو رهنه أو نحو ذلك؛ ففي الثاني يثبت النسب لا في الأول، بخلاف ما إذا ادعاه بعد موت أمه أو عتقها أو تدبيرها حيث لا يفترق الحال في ثبوت النسب بين موتها وعتقها وتدبيرها وبين كتابتها وإجارتها وتزويجها ونحو ذلك مما سبق الكلام عليه، بل يثبت نسب ولدها بالدعوة مطلقاً ولا يمنع منه ثبوت هذه الأوصاف لأمه، غير أنه في الوجه الأول: أعني الموت وأخويه لا يثبت لها أمومية الولد، أما في الموت فلما سبق من أن الميت لا يثبت له الحقوق ابتداء ولا عليه، وأما في العتق ونحوه فلأن ثبوت أمومية ولد لها يستلزم نقض العتق وهو بعد وقوعه لا ينتقض في الوجه الثاني: أعني الكتابة وأخواتها يثبت لها أمومية الولد بالتبعية لثبوت نسب الولد لعدم المانع، لأن الكتابة ونحوها تنتقض ضمن ثبوت الاستيلاد لها. هذا كله إذا ادعى نسبه والحال أنها قد جاءت به لأقل من ستة أشهر، فإن جاءت به لأكثر ردت دعوته إلا أن يصدقه المشتري، فإن صدقه ثبت منه النسب سواء جاءت به لأقل من سنتين أو لأكثر منهما، وهل يثبت لأمه الاستيلاد فينتقض البيع ويرد الثمن أم لا؟ إن جاءت به لأقل من سنتين انتقض البيع وثبت لها الاستيلاد فتصير أم ولد البائع ويرد الثمن، وإلا فلا. قوله: (قبله) أي قبل ادعاء البائع. قوله: (لوجود ملكه) وهو المجوّز للدعوى؛ ألا ترى أنه يجوز إعتاقه وإعتاق أمه. قوله: (وأميتها) بالرفع عطف على فاعل ثبت. ح: وهذا لو جهل الحال لما سبق في الاستيلاد أنه لو زنى بأمة فولدت فملكها لم تصر أم ولد، وإن ملك الولد عتق عليه، ومر فيه متناً استولد جارية أحد أبويه وقال ظننت حلها لي فلا نسب، وإن ملكه عتق عليه.

قال الشارح ثمة: وإن ملك أمه لا تصير أم ولده لعدم ثبوت نسبه. قوله: (بإقراره) ثم لا تصح دعوى البائع بعده لاستغناء الولد بثبوت نسبه من المشتري ولأنه لا يحتمل الإبطال. زيلعي. قوله: (وقيل يحمل الخ) أي حملاً لحاله على الصلاح فإنه حيث لم يكن تحته حرة فنكاحه صحيح، وإلا ففاسد، وكلاهما يثبت به النسب، ومع كل فدعوة البائع مقدمة، لأن ملكه وقت العلوق محقق وملك المشتري مفروض فلا يعارضه. تأمل. ولم يذكر في المنح ولا في غيرها لفظه قيل. قوله: (لأن دعوته تحرير) على أنه لما ثبت نسبه

استيلاد فكان أقوى كما مر (وكذا) يثبت من البائع (لو ادعاه بعد موت الأم، بخلاف موت الولد) لفوات الأصل (ويأخذه) البائع بعد موت أمه (ويستردّ المشتري كل الثمن) وقالا حصته (وإعتاقهما) أي إعتاق المشتري الأم والولد (كموتهما) في

من البائع بطل البيع فلم يدخل في ملك المشتري فهو كأجنبي كما في المقدسي.

قال ط: فيه أنها دعوة استيلاد أيضاً، إلا أن يقال إنها دعوة تحرير بعد دعوة البائع. قوله: (وكذا يثبت من البائع لو ادعاه بعد موت الأم) أي وقد ولدت لأقل من ستة أشهر وذلك لأن الولد هو الأصل في النسب ولذلك تضاف إليه ويقال أم الولد، والإضافة إلى الشيء أمارة أصالة المضاف إليه ولأنها تستفيد منه الحرية؛ ألا ترى إلى قوله ﷺ: «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا»[1] قاله حين قيل به وقد ولدت مارية القبطية إبراهيم من رسول الله ﷺ ألا تعتقها؟ فالثابت لها حق الحرية وله حقيقة الحرية، والحقيقة أولى من الحق فيستتبع الأدنى ولا يضره فوات التبع. قوله: (بخلاف موت الولد) أي دون الأم لفوات الأصل وهو الولد: أي وقد ولدت لدون الأقل فلا يثبت الاستيلاد في الأم لفوات الأصل لأنه استغنى بالموت عن النسب، وكان الأولى للشارح التعليل بالاستغناء كما لا يخفى، فتدبر.

وعللوا لموت الولد بتعذر ثبوت النسب فيه لأن الحقوق لا تثبت للميت ولا عليه كما سبق، وإذا لم يثبت النسب لم يثبت الاستيلاد لأنه فرع النسب وكانت الأم بحالها. إتقاني. قوله: (ويسترد المشتري كل الثمن) لأنه تبين أنه باع أم ولده وماليتها غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري، وعندهما متقومة فيضمنها. هداية. قوله: (وقالا حصته) أي الولد فقط، ولا يرد حصة الأم لأنها متقومة عندهما فتضمن بالغصب والعقد فيضمنها المشتري، قلنا رد الولد دونها يجب على البائع رد حصة ما سلم له وهو الولد كي لا يجتمع البدل والمبدل في ملكه، ولا يجب رد حصة الأم.

قال الزيلعي: هكذا ذكروا الحكم على قولهما، وكان ينبغي أن يرد البائع جميع الثمن عندهما أيضاً ثم يرجع بقيمة الأم، لأنه لما ثبت نسب الولد منه تبين أنه باع أم ولده وبيع أم الولد غير صحيح بالإجماع فلا يجب فيه الثمن، ولا يكون لأجزاء المبيع منه حصة، بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه إن كان باقياً وإلا فبدله ا هـ.

قال المقدسي: لعل مرادهم ما ذكره بناء على أن الغالب تساوي الثمن والقيمة ا هـ. قوله: (وإعتاقهما أي إعتاق المشتري الأم والولد) الواو بمعنى أو المجوزة للجمع. قوله: (كموتهما) حتى لو أعتق الأم لا الولد فادعى البائع أنه ابنه صحت دعوته وثبت نسبه

---

(1) أخرجه ابن عبد البر في التمهيد ٣/ ١٣٨ وابن سعد في الطبقات ٨/ ١٥٥ وابن ماجة (٢٥١٦) مطولاً والبيهقي ١٠/ ٣٤٦ والحاكم في المستدرك ٢/ ١٩ والدارقطني ٤/ ١٣١.

الحكم (والتدبير كالإعتاق) لأنه أيضاً لا يحتمل الإبطال ويرد حصته اتفاقاً. ملتقى وغيره. وكذا حصتها أيضاً

منه، ولو أعتق الولد لا الأم لم تصح دعوته لا في حق الولد ولا في حق الأم كما في الموت، أما الأول فلأنه إذ صحت بطل إعتاقه والعتق بعد وقوعه لا يحتمل البطلان. وأما الثاني فلأنها تبع له، فإذا لم تصح في حق الأصل لم تصح في حق التبع ضرورة اهـ. منح. فقوله أما الأول أي عدم صحته في حق الولد. وقوله وأما الثاني: أي عدم صحته[1] في حق الأم.

ويشكل على قوله والعتق بعد وقوعه إلى آخره ما سيأتي متناً في قوله باع أحد التوأمين إلى أن قال وبطل عتق المشتري. قال في المنح: لأن الذي عنده ظهر أنه حر الأصل، وقال الشارح بأمر فوقه وهو حرية الأصل فكذا يقال هنا فينبغي أن تصح دعوته بعد الإعتاق لأنه ظهر أنه أعتق حر الأصل فلم يصح إعتاقه. تأمل. وأجاب عنه العيني تبعاً للزيلعي بأنه لو بطل فيه بطل مقصود لأجل دعوة البائع وأنه لا يجوز

وفي مسألة التوأمين تثبت الحرية في الذي لم يبع ثم يتعدى إلى آخر ضمناً وتبعاً، إذ يستحيل أن يتخلقا من ماء واحد وأحدهما حر والآخر رقيق، وكم من شيء يثبت ضمناً وإن لم يثبت مقصوداً اهـ.

فإن قلت: تحرير المشتري تبين أنه وقع في غير ملكه لأنه أعتق حر الأصل فلم يصح عتقه يجاب بأنه أعتق ملكه في وقت لا ينازعه فيه أحد فنفذ عتقه وثبت ولاؤه، وكل من الولاء والإعتاق لا يحتمل النقض، وبثبوت ذلك صار البائع مكذباً شرعاً في ادعائه فلم تصح دعوته وتبين صحة عتق المشتري. قوله: (لأنه أيضاً لا يحتمل الإبطال) لثبوت بعض آثار الحرية كامتناع التمليك للغير. منح. ويرد عليه ما ورد على ما قبله، وعلم جوابه مما مر عن العيني. والأولى أن يقول وإعتاقهما وتدبيرهما كموتهما، إذ لا يظهر فائدة في تشبيه الإعتاق بالموت ثم تشبيه التدبير بالإعتاق. تأمل. قوله: (ويرد حصته اتفاقاً) أي فيما إذا أعتق المشتري الأم أو دبرها فقط دون الولد فيقسم الثمن على قيمة الأم وقيمة الولد، فما أصاب الولد يرده وما أصاب الأم لا يرده، وتعتبر قيمة الأم يوم القبض وقيمة الولد يوم الولادة لأنها دخلت في ضمانه بالقبض وصار له قيمة بالولادة فتعتبر القيمة بذلك كما في صدر الشريعة والشرنبلالية. قوله: (وكذا حصتها أيضاً) أي في التدبير والإعتاق. وأما في الموت فيرد حصتها أيضاً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى قولاً واحداً كما يدل عليه كلام الدرر. قال: وفيما إذا أعتق المشتري الأم أو دبرها يرد البائع

---

[1] في ط أي صحة دعوته.

على الصحيح من مذهب الإمام كما في القهستاني والبرهان، ونقله في الدرر والمنح عن الهداية على خلاف ما في الكافي عن المبسوط.

وعبارة المواهب: وإن ادعاه بعد عتقها أو موتها ثبت منه وعليه رد الثمن واكتفيا برد حصته، وقيل: لا يرد حصتها في الإعتاق بالاتفاق اه. فليحفظ.

(ولو ولدت) الأمة المذكورة (لأكثر من حولين من وقت البيع وصدقه المشتري ثبت النسب) بتصديقه (وهي أم ولده) على المعنى اللغوي

على المشتري حصته من الثمن عندهما. وعنده: يرد كل الثمن في الصحيح كما في الموت. كذا في الهداية ح. فصار الحاصل من هذا أن البائع يرد كل الثمن وهو حصة الأم وحصة الولد في الموت والعتق عند الإمام، ويرد حصة الولد فقط فيهما عندهما. وعلى ما في الكافي يرد حصته فقط في الإعتاق عند الإمام كقولهما. قوله: (على الصحيح من مذهب الإمام) لأن أم الولد لا قيمة لها عنده ولا تضمن بالعقد فيؤاخذ بزعمه. قوله: (ونقله في الدرر والمنح عن الهداية) قال في الدرر. وذكر في المبسوط: يرد حصته من الثمن لا حصتها بالاتفاق، وفرق على هذا بين الموت والعتق بأن القاضي كذب البائع فيما زعم حيث جعلها معتقة من المشتري فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب في فصل الموت فيؤاخذ بزعمه فيسترد حصتها. كذا في الكافي اهـ. لكن رجح في الزيلعي كلام المبسوط وجعله هو الرواية فقال بعد نقل التصحيح عن الهداية: وهو يخالف الرواية، وكيف يقال يسترد جميع الثمن والبيع لم يبطل في الجارية حيث لم يبطل إعتاقه، بل يرد حصة الولد فقط بأن يقسم الثمن على قيمتهما يعتبر قيمة الأم يوم القبض لأنها دخلت في ضمانه بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة لأنه صار له القيمة بالولادة فتعتبر قيمته عند ذلك اهـ. وقدمناه قريباً فلا تغفل عنه. قوله: (على خلاف ما في الكافي عن المبسوط) من أنه لا يرد حصتها عنده أيضاً وقد تقدم ذلك. قوله: (وقيل لا يرد حصتها في الإعتاق بالاتفاق) هو المعتمد كما تقدم، وهذا من تتمة عبارة المواهب فلا يعترض بأنه مكرر لأنه عين ما في المبسوط. قوله: (لأكثر من حولين) مثله تمام الحولين إذ لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقيناً وهو الشاهد والحجة. شرنبلالية. قوله: (ثبت النسب بتصديقه) إذ عدم ثبوته لرعاية حقه. وإن صدقه زال ذلك المانع ولم يبطل بيعه بالجزم بأن العلوق ليس في ملكه فلا تثبت حقيقة العتق ولا حقه لأنها دعوة تحرير، وغير المالك ليس من أهله.

قال في التاترخانية: وإن ادعاه المشتري وحده صح وكانت دعوة استيلاد، وإن ادعياه معاً أو سبق أحدهما صحت دعوة المشتري لا البائع. قوله: (على المعنى اللغوي) أي إنها كانت زوجته وأتت منه بولد وليست أم ولد له بالمعنى الاصطلاحي، وهي من استولدها في ملكه لما تقدم من تبين أنها في غير ملكه

(نكاحاً) حملاً لأمره على الصلاح.

بقي لو ولدت فيما بين الأقل والأكثر، إن صدقه فحكمه كالأول لاحتمال العلوق قبل بيعه

والحاصل: أن الاستيلاد لا يصح في غير الملك، بل لو ملكها بعد ذلك لصارت بعد ذلك أم ولده شرعاً أيضاً. قوله: (نكاحاً) أي يحمل على أنه زوّجه إياها المشتري وإلا كان زنا، ويعطى الولد حكم ولد أمة الغير المنكوحة فيكون للمشتري والنسب ثابت من البائع. وفي الشرنبلالية: ويبقى الولد عبداً، فهو كالأجنبي إذا ادعاه لأنه بتصادقهما أن الولد من البائع لا يثبت كون العلوق في ملكه لأن البائع لا يدعي ذلك، وكيف يدعي والولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين فكان حادثاً بعد زوال ملك البائع، وإذا لم يثبت العلوق في ملك البائع لا يثبت حقيقة العتق للولد ولا حق العتق للأمة ولا يظهر بطلان البيع، ودعوى البائع هنا دعوة تحرير، وغير المالك ليس بأهل لها اهـ. قوله: **(حملاً لأمره على الصلاح)** علة. لقوله: (نكاحاً) أي فهو ولد نكاح لا زنا حملاً الخ.

والحاصل: أنه لو ولدت لأكثر من سنتين من وقت البيع ردت دعوة البائع إلا إذا صدقه المشتري فيثبت النسب منه، ويحمل أن البائع استولدها بحكم النكاح حملاً لأمره على الصلاح ويبقى الولد عبداً للمشتري ولا تصير الأمة أم ولد للبائع، كما لو ادعاه أجنبي آخر لأن بتصادقهما أن الولد من البائع لا يثبت كون العلوق في ملكه لأن البائع لا يدعي ذلك، وكيف يدعي والولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين فكان حادثاً بعد زوال ملك البائع، وإذا لم يثبت العلوق في ملك البائع لا يثبت حقيقة العتق للولد ولا حق العتق للأمة، ولا يظهر بطلان البيع، ودعوة البائع هنا دعوة تحرير غير المالك ليس بأهلها، فلذا حول الشارح رحمه الله تعالى العبارة وحملها على المعنى اللغوي، لكن إنما يتم هذا الحمل إذا لم يكن تحته حرة، أما لو كان فإن نكاحه لا يصح ومع ذلك يثبت به النسب كما مر. قوله: **(فيما بين الأقل والأكثر)** المراد بالأقل آخر الأقل من ستة أشهر ليشمل ما إذا ادعاه في ستة أشهر، كما أفاده القهستاني. قوله: **(فحكمه كالأول)** يعني نسبه وأميتها فيكون الولد حراً ويفسخ البيع ويرد الثمن لاحتمال أن يكون العلوق في ملك البائع. درر.

قال أبو السعود: والحاصل أن رد الدعوة فيما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر لولا التصديق لا فرق فيه بين ما إذا جاءت به لأقل من سنتين أو لأكثر إلا من جهة ثبوت الاستيلاد للأم بعد التصديق ونقض البيع فيها ورد الثمن: أي في الأقل منهما دون الأكثر اهـ بتصرف ط. قوله: **(لاحتمال العلوق قبل بيعه)** قال في التاترخانية: هذا الذي ذكرنا إذا علمت المدة، فإن لم تعلم أنها ولدت لأقل من ستة أشهر أو لأكثر إلى سنتين أو أكثر

وإلا لا. ملتقى. ولو تنازعا فالقول للمشتري اتفاقاً، وكذا البينة له عند الثاني خلافاً للثالث. شر نبلالية وشرح مجمع.

وفيه: لو ولدت عند المشتري ولدين أحدهما لدون ستة أشهر والآخر لأكثر ثم ادعى البائع الأول ثبت نسبهما بلا تصديق المشتري.

(من باع ولد عنده ادعاه بعد بيع مشتريه ثبت نسبه) لكون العلوق في ملكه (ورد بيعه)

من وقت البيع، فإن ادعاء البائع لا يصح إلا بتصديق المشتري، وإن ادعاه المشتري يصح، وإن ادعاه معاً لا تصح دعوة واحد منهما، وإن سبق أحدهما: فلو المشتري صحت دعوته ولو البائع لم تصح دعوة واحد منهما. قوله: (وإلا لا) أي لا يصدقه بأن كذبه ولم يدعه أو ادعاه أو سكت فإنه لا يجري حكم الأول فيه فهو أعم من «قوله ولو تنازعا».

والحاصل: أنه يثبت نسبه وتصير أم ولده شرعاً لا على المعنى اللغوي كما في الصورة التي قبلها، ويرد الثمن ويجري فيه ما تقدم من التفاريع كلها. قوله: (ولو تنازعا) أي في كونه لأقل من ستة أشهر أو لأكثر بأن قال البائع بعتها لك منذ شهر والولد مني وقال المشتري لأكثر من ستة أشهر والولد ليس منك فالقول للمشتري لأنه مدعي الصحة فالظاهر شاهد له، وكذا لو ادعى الولد صحت دعوته لوقوع العلوق في ملكه دون البائع تحكماً للحال، وأما إذا سكت فقد تقدم حكم سكوت المدعى عليه بعد الدعوى فإنه يجعل إنكاراً، فقوله ولو تنازعا يشمل الصور الثلاث. قوله: (فالقول للمشتري اتفاقاً) لأنه ينكر دعوى البائع نقض البيع ولأنه واضع اليد فهو منكر والآخر خارج فهو مدع والبينة للمشتري. قوله: (وكذا البينة له عند الثاني) لأنه أثبت زيادة مدة للشراء، وهذا أمر حادث وهو صحة ملكه. قوله: (خلافاً للثالث) فقال البينة بينة البائع لأنه يثبت نسب الولد واستيلاد الأمة ونقض البيع. حموي عن الكافي: أي وهو إثبات خلاف الظاهر كما هو شأن البينات، لأن الظاهر وقوع العقد صحيحاً، وبينة البائع أثبتت فساده فكانت أولى بالقبول، ولأن البائع يدعي فساد العقد والمشتري ينكره والبينة بينة المدعي. والذي يظهر أوجهية قول محمد، فليتأمل. قوله: (والآخر لأكثر) أي وليس بينهما ستة أشهر. قوله (ثبت نسبهما) أي لتوأمين من البائع لأنهما خلقا من ماء واحد. وإذا صحت الدعوى فيهما كانت في حكم أول مسألة من الفصل فيفسخ البيع ويرد الثمن، فتأمل.

وفي الإتقاني عن المغرب: يقال هما توأمان كما يقال هما زوجان، وقولهم هما توأم وهما زوج خطأ اهـ. قوله: (لكون العلوق في ملكه) أي فهو كالبينة الشاهدة له على مدعاه، وهذا يفيد تقييد المصنف، فقوله باع من ولد عنده أي وعلق عنده، أما إذا كان العلوق عند غيره والوضع عنده فهي دعوة تحرير ط. قوله: (ورد بيعه) لأنه تبين أنه باع

لأن البيع يحتمل النقض (وكذا) الحكم (ولو كاتب الولد أو رهنه منه أو آجره أو كاتب الأم أو رهنها أو آجرها أو زوجها ثم ادعاه) فيثبت نسبه وترد هذه التصرفات، بخلاف الإعتاق كما مر.

حر الأصل، وكذا يقال فيما بعده من كتابة الولد ورهنه، أما في إجارته فالذي يرد نفاذها، أما لو رأى الأب إجازتها فينبغي أن يجوز لأن للأب إجارته فكذا يصح إجازة إيجار الفضولي له. قوله: (لأن البيع يحتمل النقض) أي وماله من حق الدعوى لا يحتمله فينتقض البيع لأجله. قوله: (وكذا الحكم لو كاتب) أي المشتري الولد أو رهنه منه، كذا في نسخة، ولا وجود للفظ «منه» فيما شرح عليه المصنف ولا في أصله الذي نقل عنه وهو الدرر، والضمير في الأفعال راجع إلى المشتري.

واعلم أن عبارة الهداية هكذا: ومن باع عبداً ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ويبطل البيع، لأن البيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع لأجله، وكذلك إذا كاتب الولد أو رهنه أو آجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة، لأن هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة، بخلاف الإعتاق والتدبير على ما مر. قال صدر الشريعة: ضمير كاتب إن كان راجعاً إلى المشتري وكذا في قوله أو كاتب الأم يصير تقدير الكلام. ومن باع عبداً ولد عنده وكاتب المشتري الأم، وهذا غير صحيح لأن المعطوف عليه بيع الولد لا بيع الأم، فكيف يصح قوله وكاتب المشتري الأم؟ وإن كان راجعاً إلى من في قوله ومن باع عبداً، فالمسألة أن رجلاً كاتب من ولد عنده أو رهنه أو آجره ثم كانت الدعوة فحينئذ لا يحسن قوله: بخلاف الإعتاق لأن مسألة الإعتاق التي مرت ما إذا أعتق المشتري الولد، لأن الفرق الصحيح أن يكون بين إعتاق المشتري وكتابته لا بين إعتاق المشتري وكتابة البائع، إذا عرفت هذا فمرجع الضمير في كاتب الولد هو المشتري، وفي كاتب الأم «من» في قوله: «من باع» اهـ.

أقول: الأظهر أن المرجع فيهما المشتري، وقوله لأن المعطوف عليه بيع الولد لا بيع الأم مدفوع بأن المتبادر بيعه مع أمه بقرينة الوقاية سوق الكلام، ودليل كراهة التفريق بحديث سيد الأنام عليه الصلاة والسلام. نعم كان مقتضى ظاهر عبارة الوقاية أن يقال بالنظر إلى قوله بعد بيع مشتريه، وكذا بعد كتابة الولد ورهنه الخ. لكنه سهو. ورأيت على الدرر. قوله: (أو كاتب الأم) أي لو كانت بيعت مع الولد فالضمير في الكل للمشتري وبه سقط ما في صدر الشريعة. قوله: (وترد هذه التصرفات) لأنه باع حر الأصل فتصرف المشتري في غير محله فينقض، وهذا ظاهر في غير الإجارة، أما فيها فالذي يرد نفاذها إلى آخر ما قدمناه قريباً. قوله: (بخلاف الإعتاق) أي إعتاق المشتري، ومثل الإعتاق التدبير

(باع أحد التوأمين المولودين) يعني علقاً وولداً (عنده وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع) الولد (الآخر ثبت نسبهما وبطل عتق المشتري) بأمر فوقه وهو حرية الأصل لأنهما علقا في ملكه،

كما في عزمي زاده. قال: وكذلك إذا ادعاه المشتري أولاً ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع كما مر. قوله: (باع أحد التوأمين المولودين يعني علقاً وولداً) لما كان لفظ المصنف وهو قوله «المولودين عنده» محتملاً لشيئين، كون العلوق عنده أو عند غيره، بأن اشتراها بعد الولادة أو اشترى أمهما وهي حبلى بهما وكان الحكم مختلفاً فسره بقوله: يعني التي يؤتى بها إذا كان التفسير بغير الظاهر من اللفظ. قال في الرمز تبعاً للتبيين: هذا إذا كان العلوق في ملكه بأن اشتراها بعد الولادة أو اشترى أمهما وهي حبلى بهما أو باعها فجاءت بهما لأكثر من ستتين يثبت نسبهما أيضاً لأنهما لا يفترقان فيه، لكن لا يعتق الذي ليس في ملكه، وإن كان المشتري قد أعتقه لا يبطل عتقه، لأن هذه الدعوى دعوة تحرير لعدم العلوق في الملك، بخلاف المسألة الأولى، وهو ما إذا كان العلوق في ملكه حيث يعتقان جميعاً لأنها دعوة استيلاد فتستند ومن ضرورته عتقهما بدليل أنهما حرا الأصل تبين أنه باع حراً ا هـ. فقوله أو باعها فجاءت بهما الخ: أي ثم ملك واحد منهما فادعاه، وقوله: «علقاً» محترزه قوله حتى لو اشتراها حبلى الخ. قوله: (ثبت نسبهما) أي التوأمين من البائع، لأن دعوة البائع صحت في الذي لم يبعه لمصادفة العلوق والدعوى ملكه فيثبت نسبه، ومن ضرورته ثبوت الآخر لأنهما من ماء واحد فيلزم بطلان عتق المشتري، بخلاف ما إذا كان الولد واحداً. وتمامه في الزيلعي. قوله: (وهو حرية الأصل) أي الثابتة بأصل الخلقة، وأما حرية الإعتاق فعارضة، وحرية الأصل هنا في الذي أعتقه، لأن الذي عند البائع ظهر أنه حر الأصل فاقتضى كون الآخر أيضاً كذلك إلى آخر ما قدمناه. قوله: (لأنهما علقا في ملكه) أي وقد خلقا من ماء واحد، وهذا كله يصلح جواباً لما يرد من أن نقض الإعتاق مخالفاً، لما سبق من أن العتق بعد وقوعه لا يحتمل الانتقاض والبطلان.

وحاصله: أن الممنوع هو انتقاض العتق إلى الرقية وهي دونه لا إلى شيء فوقه وهي الحرية: أي لأنها ثابتة بأصل الخلقة كما أفاده عزمي، وهذا لا يتم ولا يطرد، فإن في السابقة وهي دعوة من ولد عند المشتري لأقل من ستة أشهر فأعتقه لا يقبل مع أنه انتقض العتق بأمر فوقه، وهذا الأمر لا يتم في هذا المقام، فإن حرية أحد التوأمين يظهر حرية الآخر وينعدم تأثير الإعتاق. وعبارة العيني: فإذا ثبت نسبهما بطل عتق المشتري إياه، لأن دعوة البائع بعده صحت في الذي لم يبع، ومن ضرورة ذلك ثبوت نسب الآخر لأنهما من واحد فيلزم منه بطلان عتق المشتري لكونهما حري الأصل، إذ يستحيل أن

حتى لو اشتراها حبلى لم يبطل عتقه

بكون أحدهما حر الأصل والآخر رقيقاً وهما من ماء واحد، بخلاف ما إذا كان الولد واحداً حيث لا يبطل فيه إعتاق المشتري، لأنه لو بطل فيه بطل مقصوداً لأجل حق الدعوى للبائع وأنه لا يجوز، وهنا تثبت الحرية في الذي لم يبع ثم تتعدى إلى الآخر ضمناً وتبعاً، وكم من شيء يثبت ضمناً وإن لم يثبت مقصوداً اهـ. فالشارح رحمه الله تعالى ذكر آخر عبارة الدرر وترك صدرها، فكان الأولى في التعليل لأنهما علقا في ملكه من ماء واحد، فإذا ثبت حرية أحدهما ثبت حرية الآخر تبعاً والشيء قد يثبت تبعاً وإن لم يثبت قصداً. قوله: (حتى لو اشتراها) أي البائع حبلى وجاءت بهما لأكثر من سنتين. عيني. قوله: (لم يبطل عتقه) قال الأكمل: ونوقض بما إذا اشترى رجل أحد توأمين واشترى أبوه الآخر فادعى أحدهما الذي في يده بأنه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتقان جميعاً ولم تقتصر الدعوى. وأجيب بأن ذلك لموجب آخر، وهو أن المدعي إن كان هو الأب فالابن قد ملك أخاه، وإن كان هو الابن فالأب قد ملك حافده فيعتق، ولو ولدت توأمين فباع أحدهما ثم ادعى أبو البائع الولدين وكذباه: أي ابنه البائع والمشتري صارت أم ولده بالقيمة وثبت نسبهما وعتق الذي في يد البائع، ولا يعتق المبيع لما فيه من إبطال ملكه الظاهر، بخلاف النسب لأنه لا ضرر فيه.

والفرق بينه وبين البائع إذا كان هو المدعي أن النسب ثبت في دعوى البائع بعلوق في ملكه، وهنا حجة الأب شبهة «أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ» تظهر في مال ابنه البائع فقط.

وفي التاترخانية: وإن باع الأمة مع أحد الولدين ثم ادعى أبو البائع نسب الولدين جميعاً وكذبه المشتري والبائع: ففي قول محمد: دعوى الأب باطلة، وعند أبي يوسف: ودعوى الأب لا تصح في حق الأمة ولا تصير أم ولد له، وتصح دعوته في حق الولدين نسباً، ولا يحكم بحرية المبيع، والولد الثاني حر بالقيمة. وإن صدق المشتري وكذب البائع فالأمة تصير أم ولده اتفاقاً وعليه قيمتها للابن، ويثبت نسب الولدين منه، والمبيع حر بالقيمة على الأب عند أبي يوسف، وعند محمد: حر بغير القيمة. وإن صدقه البائع وكذبه المشتري ثبت نسب الولدين من أبي البائع، فمن المشايخ من ظن أن ثبوت نسبهما من أبي البائع قول أبي يوسف، وقول محمد: ينبغي أن لا يثبت نسبهما منه. والصحيح أن ما ذكره محمد قول الكل، ولم يذكر محمد حكم الأم.

وقال أبو حازم والقاضي أبو الهيثم على قياس أبي يوسف ومحمد: يضمن البائع قيمتها للأب لا على قول أبي حنيفة. وقال أكثر مشايخنا: لا يضمن شيئاً لصاحبه بالاتفاق، كذا في المقدسي.

وفيه: رجل حبلت أمته عنده وولدت فكبر عنده فزوّجه أمة له فولدت له ابناً فباع

لأنها دعوة تحرير فتقتصر. عيني وغيره. وجزم به المصنف.

ثم قال: وحيلة إسقاط دعوى البائع أن يقر البائع أنه ابن عبده فلان فلا تصح دعواه أبداً. مجتبى.

وقد أفاده بقوله: (قال) عمرو (لصبي معه) أو مع غيره. عيني (هو ابن زيد) الغائب (ثم قال هو ابني لم يكن ابنه) أبداً (وإن) وصلية (جحد زيد بنوته) خلافاً لهما، لأن النسب لا يحتمل النقض

الولد هذا الابن وأعتقه المشتري فادعى البائع نسب الأكبر ثبت وبطل العتق، وإن ادعى نسب الثاني لا تصح، ولو باع الأم مع أحدهما ثم ادعى الأب صحت عند أبي يوسف وثبت نسبهما، والولد المبيع مع أمه بقيا على ملك المشتري، وعند محمد: لا تصح. قوله: (لأنها دعوة تحرير) لعدم العلوق في ملكه. قوله: (فتقتصر) بخلاف المسألة الأولى، وهو ما إذا كان العلوق في ملكه حيث يعتقان جميعاً لما ذكر أنها دعوة استيلاد فتستند، ومن ضرورته عتقهما بطريق أنهما حرا الأصل فتبين أنه باع حراً. عيني. قوله: (فلا تصح دعواه أبداً) أي وإن جحد العبد، وهذا عند الإمام، وعندهما: تصح دعواه إن جحد العبد.

ووجه قول الإمام أن الإقرار بالنسب من الغير إقرار بما لا يحتمل النقض فلا تصح دعوة المقر بعد ذلك، وإنما قلنا: إنه لا يحتمل النقض لأن في زعم المقر أنه ثابت النسب من الغير والنسب إذا ثبت لا ينتقض بالجحود والتكذيب، ولهذا لو عاد المقر له إلى تصديقه جاز وثبت النسب منه وصار كالذي لم يصدقه ولم يكذبه ط. قوله: (وقد أفاده) أي أفاد نظيره لا عينه. قوله: (معه أو مع غيره) أشار إلى أن ما وقع من القيد بكونه معه ليس احترازياً. قال الزيلعي: لا يشترط لهذا الحكم أن يكون الصبي في يده، واشتراطه في الكتاب وقع اتفاقياً ا هـ. شرنبلالية. قوله: (الغائب) إتقاني أيضاً. قوله: (خلافاً لهما) فقالا تصح دعوة المقر بعد جحود المقر له أن يكون ابنه، لأن إقراره له بطل بجحود المقر له فصار كأنه لم يقر وقد تقدم توجيه قول الإمام، وذكره المؤلف.

وعبارة الدرر: هما قالا: إذا جحد زيد بنوته فهو ابن للمقر، وإذا صدقه زيد أو لم يدر تصديقه ولا تكذيبه لم تصح دعوة المقر عندهم.

لهما أن الإقرار ارتد برد زيد فصار كأن لم يكن، والإقرار بالنسب يرتد بالرد؛ ولهذا إذا أكره على الإقرار بالنسب فأقر به لا يثبت، وكذا لو هزل به وإن لم يحتمل النسب نفسه النقض، وله أن النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته، والإقرار بمثله لا يرتد بالرد: أي بمثل ما لا يحتمل النقض إذ تعلق به حق المقر له، حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه. وأيضاً تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له ا هـ.

بعد ثبوته، حتى لو صدقه بعد تكذيبه صح، ولذا لو قال لصبي هذا الولد مني ثم قال ليس مني لا يصح نفيه، لأنه بعد الإقرار به لا ينتفي بالنفي فلا حاجة إلى الإقرار به ثانياً، ولا سهو في عبارة العمادي كما زعمه منلا خسرو

قال قاضيخان: ومن جملة النسب لا يرتد بالرد في حق المقر لأن في زعمه أنه ثابت النسب من الغير فيصلح حجة في حق نفسه وإن لم يصلح على الغير، كمن أقر بحرية عبد إنسان وكذبه المولى لا يبطل إقراره في حق نفسه، حتى لو ملكه بعد ذلك يعتق عليه ا هـ. ولا يرتد بالرد في حق المقر، ومن ذلك لو صدقه الخ، ولا في حق الولد لاحتياجه إلى النسب. قوله: (بعد ثبوته) وهنا أثبت من جهة المقر للمقر له. قوله: (حتى لو صدقه) أي صدق المقر له المقر، وفي التفريع خفاء لأنه ليس هذا متفرعاً على ما زعمه، بل على أن الإقرار بما لا يحتمل النقض لا يرتد بالرد إنما تعلق به حق الغير، كمن أقر بحرية عبد غيره فكذبه مولاه فيبقى في حق المقر حراً ولا يرتد بالرد، حتى لو ملكه عتق عليه، وكمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة فادعاه الشاهد لا تقبل.

ولا يرد ما لو أقر المشتري على البائع بإعتاق المبيع قبل البيع وكذبه البائع ثم قال المشتري أنا أعتقته يتحول الولاء إليه لأنها من محل الخلاف، ولو سلم فالنسب ألزم من الولاء لقبوله التحول من موالي الأم إلى موالي الأب ثم إلى مولى آخر فيما لو ارتدت المعتقة ثم سبيت بعد ما لحقت فاشتراها آخر وأعتقها.

ولا يرد أيضاً ما لو أقر أن عبده ابن الغير ثم ادعاه حيث يعتق، لأن العتق ليس لثبوت نسبه منه، بل لأن إقراره يسري على نفسه كقوله لعبد الثابت نسبه من غيره هو ابني. وعبارة الدرر كما سمعتها في المقولة السابقة: فظهر أنه مفرع على تعلق حق المقر له به. تأمل. قوله: (فلا حاجة إلى الإقرار به ثانياً) بأن يقول هو ابني. قوله: (ولا سهو في عبارة العمادي) عبارته هكذا: هذا الولد ليس مني ثم قال هو مني صح، إذ بإقراره بأنه منه ثبت نسبه فلا يصح نفيه. قال في الدرر: هذا سهو لأن التعليل يقتضي أن هناك ثلاث عبارات: إثبات ونفي وعود إلى الإثبات.

قال الشرنبلالي: والذي يظهر لي أن عوده إلى التصديق ليس له فائدة في ثبوت النسب لأنه بعد الإقرار لا ينتفي بالنفي.

وأقول: هذا يقرر مدعي الدرر، وليس بجواب عن العمادي.

وفي الزيلعي: نفي النسب عن نفسه لا يمنع الإقرار به بعده، بأن قال ليس هذا بابني ثم قال هو ابني ا هـ.

وأقول: ليس في عبارة العمادي سبق الإقرار على النفي، وانظر تحقيقه فيما يأتيك في المقولة الآتية. قوله: (كما زعمه منلا خسرو) راجع إلى المنفي الذي هو السهو، ونصه

كما أفاده الشرنبلالي؛ وهذا إذا صدقه الابن، وأما بدونه فلا إلا إذا عاد الابن إلى التصديق لبقاء إقرار الأب.

(ولو أنكر الأب الإقرار فبرهن عليه الابن قبل. وأما الإقرار بأنه أخوه فلا يقبل لأنه إقرار على الغير).

قال: هذا الولد مني ثم قال هذا الولد ليس مني ثم قال هو مني صح، إذ بإقراره بأنه منه تعلق حق المقر له إذا ثبت نسبه من رجل معين حتى ينتفي كونه مخلوقاً من ماء الزنا. فإذا قال ليس مني هذا الولد لا يملك إبطال حق الولد، فإذا عاد إلى التصديق صح.

أقول: قد وقعت العبارة في الأستروشنية كالعمادية: هذا الولد ليس مني ثم قال هو مني صح، إذ بإقراره أنه منه الخ الظاهر أنه سهو من الناسخ الأول، يدل عليه التعليل الذي ذكره لأنه يقتضي أن يكون هنا ثلاث عبارات: تفيد الأولى: إثبات البنوة، والثانية: نفيها، والثالثة: العود إلى الإثبات، والمذكور فيهما العبارتان فقط.

قال الشرنبلالي: والذي يظهر لي أن اللفظ الثالث وهو قوله ثم قال هو مني ليس له فائدة لثبوت النسب لأنه بعد الإقرار به لا ينتفي بالنفي ولا يحتاج إلى الإقرار به بعده، فليتأمل اهـ. ولذلك قال في الخلاصة. ولو قال هذا الولد ليس مني ثم قال مني صح، ولو قال مني ثم قال ليس مني لا يصح النفي اهـ. فاقتصر هنا على العبارتين كالعمادية والأستروشنية، لكن كلام الشرنبلالي لا يدفع كلام صاحب الدرر، لأن مناقشته إنما هي في إسقاط الأولى، أما الثالثة فهي موجودة في عبارة العمادية والأستروشنية، فصاحب الدرر ناقش: في إسقاط الأولى والشرنبلالي في إسقاط الثالثة. تأمل.

والحاصل: أن الاعتبار إنما هو إلى وجدان الإقرار سواء تقدم عليه النفي أو تأخر عنه كما علم من صريح الخلاصة. ومما ذكرنا، ظهر أنه الخلل في سبك تعليل الأستروشني وتبعه العمادي، وأن منلا خسرو لم يتفطنه وظن أنه يحتاج إلى عبارة أخرى، وليس كذلك، إذ الإقرار الواحد يكفي سواء وجد مقدماً على النفي أو متأخراً عنه كما لا يخفى، فتدبر. قوله: (كما أفاده الشرنبلالي) راجع إلى النفي الذي هو عدم السهو. ط عن المحشي. وتقدم نص عبارة الشرنبلالية، ومقتضى ما يظهر لي أنه راجع إلى قوله فلا حاجة إلى الإقرار به ثانياً. قوله: (وهذا) أي ثبوت النسب إذا صدقه الابن، أما بدونه فلا لأنه إقرار على الغير بأنه جزؤه فلا يتم إلا بتصديق ذلك الغير، وهذا التفصيل إنما يأتي في الإقرار بصبي يعبر عن نفسه، أما لو كان صغيراً لا يعبر عن نفسه يصدق المقر استحساناً كما في الخلاصة. قوله: (أما بدونه فلا) أي فلا يتم إلا بتصديق ذلك الغير. قوله: (لبقاء إقرار الأب) لأن إقرار الأب لم يبطل لعدم تصديق الابن فيثبت النسب كما في الدرر. قوله: (قبل) لأنه إقرار على نفسه بأنه جزؤه. درر. قوله: (فلا يقبل) أي على الغير.

فروع لو قال لست وارثه ثم ادعى أنه وارثه وبين جهة الإرث صح، إذ التناقض في النسب عفو، ولو ادعى بنوة العم لم يصح

قوله: (**وبين جهة الإرث صح**) قال في جامع الفصولين: إذ إثبات الوراثة لا يصح ما لم يبين جهة الإرث. قوله: (**ولو ادعى بنوة العم**) عبارة الدرر: ادعى الأخوة ولم يذكر اسم الجد صح، بخلاف دعوى كونه ابن عمه حيث يشترط فيها ذكر اسم الجد كما في العمادية ح.

وفي الخيرية: ومما صرحوا به أن دعوى بنوة العم تحتاج إلى ذكر نسبة العم والأم إلى الجد ليصير معلوماً لأنه لا يحصل العلم للقاضي بدون ذكر الجد، وتحقق العمومة بأنواع منها العم لأم ذكره في كتاب الوقف.

وفي التنقيح أن الشهود إذا شهدوا بنسب فإن القاضي لا يقبلهم ولا يحكم به إلا بعد دعوى مال، إلا في الأب والابن، وأن ينسب الشهود الميت والمدعي لبنوة العمومة حتى يلتقيا إلى أب واحد، وأن يقولوا هو وارثه لا وارث له غيره كما صرح قاضيخان، ولا بد أن يكون الأب الواحد الملتقى إليه معروفاً للقاضي بالاسم والنسب بالأب والجد إذ الخصام فيه، والتعريف بذلك عند الإمام الأعظم رحمه الله تعالى، وعليه الفتوى. فإذا لم يوجد شرط من هذه الشروط لا تقبل ولا يصح القضاء بها، وينبغي الاحتياط بالشهادة بالنسب سيما في هذا الزمن.

قال الحامدي: قلت: هذا مناقض لما ذكره في الظهيرية والعمادية وغيرهما من أنه يشترط ذكر الجد الذي التقيا إليه، وقد مثل له في الظهيرية مثالاً ولم يذكر اسم أب الجد ولا اسم جده، لكن أفتى الإمام أبو السعود باشتراط ذكر الأب كما ذكره الشمقمجي في فتاويه، وأظن أن الرحيمية(١) اشترط ذلك بناء على قولهم كصاحب التنوير وغيره: إذا كانت الدعوى على غائب يشترط ذكر أبيه وجده، وإن حكم بدون ذكر الجد نفذ وأنه ظن أن الدعوى على الجد الذي التقيا إليه، والحال أن الدعوى على الميت الذي يطلبون إرثه، فتنبه اهـ.

قال في الدرر: قال أحد الورثة لا دعوى لي في التركة لا تبطل دعواه، لأن ما ثبت شرعاً من حق لازم لا يسقط بالإسقاط، كما لو قال لست ابناً لأبي قال ذو اليد ليس هذا لي ونحوه. أي ليس ملكي ولا حق لي فيه ونحو ذلك ولا منازع ثمة ثم ادعاه فقال: أي ذو اليد هو لي صح والقول قوله، لأن هذا الكلام لم يثبت حقاً لأحد، لأن الإقرار للمجهول باطل، والتناقض إنما يبطل إذا تضمن إبطال حق على أحد، ولو كان ثمة منازع كان إقراراً له في رواية وهي رواية الجامع الصغير، وفي أخرى لا، وهي رواية دعوى

---

(١) في ط: قوله (الرحيمية) هكذا بالأصل.

ما لم يذكر اسم الجد.

ولو برهن أنه أقر أني ابنه

الأصل، لكن قالوا: القاضي يسأل ذا اليد أهو ملك المدعي؟ فإن أقر به أمره بالتسليم إليه، وإن أنكر أمر المدعي بإقامة البينة عليه، ولو قاله: أي قال ليس هذا لي ونحوه الخارج لا يدعي ذلك الشيء بعده للتناقض وإنما لم يمنع ذو اليد على ما مر لقيام اليد. كما في العمادية.

أقول: لكن قيده في جامع الفصولين بما إذا قال ذلك مع وجود النزاع، أما لو قاله قبل النزاع فعلى الخلاف على عكس ذي اليد، وقوله لقيام اليد وهو دليل الملك فنفي الملك عن نفسه من غير إثبات للغير لغو.

وفي الدرر أيضاً: ادعى العصوبة وبين النسب وبرهن الخصم أن النسب بخلافه، إن قضى بالأول لم يقض به، وإلا تساقطا للتعارض وعدم الأولوية. قوله: (ما لم يذكر اسم الجد) بخلاف الأخوة فإنها تصح بلا ذكر الجد كما في الدرر.

واعلم أن دعوى الأخوة ونحوها مما لو أقر به المدعى عليه لا يصح ما لم يدع قبله مالاً.

قال في الولوالجية: ولو ادعى أنه أخوه لأبويه فجحد فإن القاضي يسأله ألك قبله ميراث تدعيه أو نفقة أو حق من الحقوق التي لا يقدر على أخذها إلا بإثبات النسب؟ فإن كان كذلك يقبل القاضي بينته على إثبات النسب، وإلا فلا خصومة بينهما، لأنه إذا لم يدع مالاً لم يدع حقاً، لأن الأخوة المجاورة بين الأخوين في الصلب أو الرحم، ولو ادعى أنه أبوه وأنكر فأثبته يقبل، وكذا عكسه وإن لم يدع قبله حقاً، لأنه لو أقر به صح فينتصب خصماً. هذا لأنه يدعي حقاً، فإن الابن يدعي حق الانتساب إليه والأب يدعي وجوب الانتساب إلى نفسه شرعاً. وقال عليه الصلاة والسلام «مَنْ انْتَسَبَ إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ أَوِ انْتَمَى إِلَى غَيْرِ مَوَالِيهِ فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ»[1] اهـ ملخصاً.

قال في البزازية: ادعى على آخر أنه أخوه لأبويه: إن ادعى إرثاً أو نفقة وبرهن تقبل ويكون قضاء على الغائب أيضاً، حتى ولو حضر الأب وأنكر لا يقبل ولا يحتاج إلى إعادة البينة لأنه لا يتوصل إليه إلا بإثبات الحق على الغائب. وإن لم يدع مالاً بل ادعى الأخوة المجردة لا يقبل، لأن هذا في الحقيقة إثبات البنوة على أب المدعى عليه والخصم فيه هو الأب لا الأخ. وكذا لو ادعى أنه ابن ابنه أو أبو أبيه والابن والأب غائب أو ميت لا يصح ما لم يدع مالاً، فإن ادعى مالاً فالحكم على الغائب والحاضر جميعاً كما مر، بخلاف ما إذا ادعى رجل أنه أبوه أو ابنه، وتمامه فيها. قوله: (ولو برهن الخ) مكرر مع

---

(١) أخرجه ابن ماجة (٢٦٠٩) وذكره المتقي الهندي في الكنز (١٥٣٠٩).

تقبل لثبوت النسب بإقراره. ولا تسمع إلا على خصم هو وارث أو دائن أو مديون أو موصى وله لو أحضر رجلاً ليدعي عليه حقاً لأبيه وهو مقر به أولاً فله إثبات نسبه بالبينة عند القاضي بحضرة ذلك الرجل.

ولو ادعى إرثاً عن أبيه، فلو أقر به أمر بالدفع إليه ولا يكون قضاء على الأب، حتى لو جاء حياً يأخذه من الدافع والدافع على الابن، ولو أنكر قيل للابن برهن على موت أبيك وأنك وارثه ولا يمين، والصحيح تحليفه

ما قدمه قريباً. قوله: (تقبل لثبوت النسب بإقراره) أي ويزاحم الوارث المعروف، ويظهر أن الأبوة مثل ذلك كما علمت مما مر.

بقي: فيما لم يثبت بإقراره، يشترط أن يدعي حقاً آخر كإرث أو نفقة، فلو برهنت أنه عمها مريدة النفقة منه فبرهن على زيد أنه أخوها بريء العم، بخلاف دعوى الأبوة كما في الهداية.

وقال في جامع الفصولين: أقر ذو ابن أن فلاناً وارثه ثم مات الابن ثم المقر يأخذ المقر له المال: يعني بحكم الوصية لأن هذا وصية. حتى لو قال هو قريبي ومات المقر عن زوجة أخذت الربع والباقي للمقر له اهـ. وأشار بهذا إلى أنه لا يلزم معرفة جهة القرابة، وإلا فإنه لو ادعى الإرث بالأخوة يلزم، والله تعالى أعلم. قوله: (ولا تسمع) أي بينة الإرث كما في الفصولين، لكن في الأشباه تقبل الشهادة حسبة في النسب.

ويمكن أن يوفق بينها وبين ما هنا بما إذا لم يكن خصم، كما لو ترك صغيراً وارثاً فإن الشهادة حسبة تقبل ولا تكون التركة في بيت المال، بخلاف ما إذا حصل خصام من الورثة مع المدعي فلابد مما ذكر هنا. قوله: (وهو وارث) وكذا على الوصي، نور العين. قوله: (أو دائن) أي على ما ذكره الخصاف وخالفه بعض المشايخ، وانظر ما صورته، ولعل صورته أنه يدعي ديناً على الميت وينصب له القاضي من يثبت في وجهه دينه فحينئذ يصير خصماً لمدعي الإرث، ومثل ذلك يقال في الموصى له. تأمل.

ويمكن التصوير لهما، أي الوارث والدائن بأن يكون دفع القاضي التركة للدائن بدينه ثم حضر مدعي الإرث ونازع الدائن بأنه يريد استلام التركة ودفع جميع الدين إليه فأنكر الدائن أن يكون المدعي وارث الميت يكون خصماً في إثبات النسب. قوله: (فلو أقر) أي المدعى عليه. قوله: (به) أي بالبنوة بالمورث. قوله: (والدافع على الابن) على بمعنى من أو متعلق بمحذوف: أي ويرجع الدافع على الابن. قوله: (ولو أنكر) أي المدعي عليه دعوة البنوة. قوله: (والصحيح تحليفه) أي تحليف المنكر على العلم - أي على أنه لا يعلم أنك ابن فلان، فإذا أراد لولد أخذ المال كلف إقامة البينة على مدعاه. قوله:

على العلم بأنه ابن فلان وأنه مات ثم يكلف الابن البينة بذلك. وتمامه في جامع الفصولين من الفصل السابع والعشرين.

(ولو كان) الصبي (مع مسلم وكافر فقال المسلم هو عبدي وقال الكافر هو ابني فهو حرّ ابن الكافر) لنيله الحرية حالاً والإسلام مآلاً، لكن جزم ابن الكمال بأنه يكون مسلماً لأن حكمه حكم دار الإسلام، وعزاه للتحفة، فليحفظ.

(على العلم) أي على نفي العلم. قوله: (بأنه ابن فلان) الظاهر أن تحليفه على أنه ليس بابن فلان إنما هو إذا أثبت المدعي الموت وإلا فلا فائدة في تحليفه إلا على عدم العلم بالموت. تأمل. قوله: (ثم يكلف الابن الخ) أي إن حلف، وإن نكل يكون مقراً. فإن كان منكراً للمال يحلف عليه. قوله: (وتمامه في جامع الفصولين) حيث قال: ولو نكل يصير مقراً بنسب وموت، وصار كما لو أقر بهما صريحاً وأنكر المال، ولو كان كذلك لا يجعل القاضي الابن خصماً في إقامة البينة على إثبات المال، ولكن يجعله خصماً في حق التحليف على المال وأخذه منه فيحلفه بتاً. قوله: (من الفصل السابع والعشرين) صوابه: الثامن والعشرين. قوله: (هو عبدي) قيد به لأنه لو قال هو ابني يقدم المسلم. قوله: (والإسلام مآلاً) لظهور دلائل التوحيد لكل عاقل، وفي العكس يثبت الإسلام تبعاً، ولا يحصل له الحرية مع العجز عن تحصيلها. درر.

واستشكله الأكمل بمخالفته لقوله تعالى: ﴿وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ﴾ [البقرة: ٢٢١] ودلائل التوحيد وإن كانت ظاهرة لكن الألفة مع الكفر مانع قوي؛ ألا ترى أن آباءه كفروا مع ظهور أدلة التوحيد، ويؤيده أن النعمة لطائفة أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان أو يخف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده. وأجيب بأن قوله تعالى: ﴿ادعوهم لآبائهم﴾ يوجب دعوة الأولاد لآبائهم، ومدعي النسب أب لأن دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان، وكفر الآباء جحود والأصل عدمه؛ ألا ترى إلى انتشار الإسلام بعد الكفر في الآفاق. وأما الحضانة فتركها لا يلزم منه رق اهـ. بخلاف ترك النسب هنا فإن الصبي يعده إلى الرق وهو ضرر عظيم لا غاية له اهـ.

أقول: لكن بعد استدراك الشارح الآتي عن ابن كمال بأنه يكون مسلماً فلا إشكال، وإن اعترض عليه فإنك ستسمع الاعتراض والجواب. فإن في شرح الملتقى: ومنها إذا ادعياه معاً، فلو سبق دعوى المسلم كان عبداً له، ولو ادعيا البنوة كان ابناً للمسلم إذ القضاء بنسبه من المسلم قضاء بإسلامه. قوله: (لكن جزم ابن الكمال بأنه يكون مسلماً) أي تبعاً للدار وابناً للكافر بالدعوة كما صرح به فيه، لأن حكمه حكم دار الإسلام، وفيه أنه لا عبرة للدار مع وجود أحد الأبوين ح.

قلت: يخالفه ما ذكروا في اللقيط لو ادعاه ذمي يثبت نسبه منه وهو مسلم تبعاً

(قال زوج امرأة لصبي معهما هو ابني من غيرها وقالت هو ابني من غيره فهو ابنهما) إن ادعيا معاً وإلا ففيه تفصيل. ابن كمال.

للدار، وتقدم في كتابه عن الولوالجية: ولا يقال إن تبعية الدار إنما تكون عند فقد الأبوين لأن تبعيته قبل ثبوت أن الذمي أب له حيث كان في يد المسلم والكافر يتنازعان فيه، وهو قول في غاية الحسن وإن كان مخالفاً لظاهر تعليل الهداية وغيرها فليتبصر. قوله: **(قال زوج امرأة لصبي معهما)** أي في يدهما احترز به عما لو كان في يد أحدهما.

قال في التاترخانية: وإن كان الولد في يد الزوج أو يد المرأة فالقول للزوج فيهما، وفيه بإسناد كل منهما الولد إلى غير صاحبه، لما فيها أيضاً عن المنتقى: صبيٌّ في يد رجل وامرأة قالت المرأة هذا ابني من هذا الرجل وقال ابني من غيرها يكون ابن الرجل ولا يكون للمرأة، فإن جاءت بامرأة شهدت على ولادتها إياه كان ابنها منه وكانت زوجته بهذه الشهادة، وإن كان في يده وادعاه وادعت امرأته أنه ابنها منه وشهدت امرأة على الولادة لا يكون ابنها منه بل ابنه لأنه في يده، واحترز عما فيها أيضاً. صبيٌّ في يد رجل لا يدعيه أقامت امرأة أنه ابنها ولدته ولم تسم أباه وأقام رجل أنه ولد في فراشه ولم يسم أمه يجعل ابنه من هذه المرأة ولا يعتبر الترجيح باليد، كما لو ادعاه رجلان وهو في يد أحدهما فإنه يقضي للذي اليد. قوله: **(فهو ابنهما)** لأن كل واحد منهما أقر للولد بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه ولا رجحان لأحدهما على الآخر لاستواء أيديهما فيه فيكون ابنهما، هذا إذا كان لا يعبر عن نفسه وإلا فهو لمن صدقه. عيني. قوله: **(إن ادعيا)** هذا إذا كان النكاح بينهما ظاهراً، وإن لم يكن ظاهراً بينهما يقضي بالنكاح بينهما. هندية عن شرح الطحاوي. قوله: **(وإلا ففيه تفصيل. ابن كمال)** حيث قال: وإلا فعلى التفصيل الذي في شرح الطحاوي ولم يبين ذلك التفصيل، وظاهر إطلاق المتون والشروح أنه لا فرق بين أن يدعيا معاً أو متعاقباً وهي الموضوعة لنقل المذهب فليكن العمل عليها. ولأن ما يدعيه أحدهما غير ما يدعيه الآخر إذ هو يدعي أبوته وهي تدعي الأمومة، ولا ينافي إحدى الدعوتين الأخرى، غير أن كلاً يكذّب صاحبه في حق لا يدعيه لنفسه فيلغو قوله ولا يعتبر السبق فيه، والله تعالى أعلم.

قال في الهندية: ولو ادعى الزوج أولاً أنه ابنه من غيرها وهو في يديه يثبت النسب من غيرها، فبعد ذلك إذا ادعت المرأة لا يثبت النسب منها، وإن ادعت المرأة أولاً أنه من غيره وهو في يدها فادعى الرجل أنه ابنه من غيرها بعد ذلك: فإن كان بينهما نكاح ظاهر لا يقبل فهو ابنهما، وإن لم يكن بينهما نكاح ظاهر فالقول قولها، ويثبت نسبه منها إذا صدّقها ذلك الرجل، هذا إذا كان الغلام لا يعبر عن نفسه. أما إذا كان يعبر عن نفسه وليس هناك رق ظاهر فالقول قول الغلام أيهما صدقه يثبت نسبه منه بتصديقه. كذا في

وهذا (ولو غير معبر وإلا) بأن كان معبراً (فهو لمن صدقه) لأن قيام أيديهما وفراشهما يفيد أنه منهما.

(ولو ولدت أمة اشتراها فاستحقت غرم الأب قيمة الولد) يوم الخصومة لأنه يوم المنع

السراج الوهاج. وأوضحه في العناية إيضاحاً حسناً حيث قال: إذا ادعت امرأة صبياً أنه ابنها، فإما أن تكون ذات زوج أو معتدة، أو لا منكوحة ولا معتدة، فإن كانت ذات زوج وصدقها فيما زعمت أنه ابنها منه ثبت النسب منهما بالتزامه فلا حاجة إلى حجة، وإن كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امرأة لأنها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق إلا بالحجة وشهادة القابلة كافية لأن التعيين يحصل بها وهو المحتاج إليه، إذ النسب يثبت بالفراش القائم، وقد صح أنهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَبِلَ شَهَادَةَ القَابِلَةِ عَلَى الوِلَادَةِ، وإن كانت معتدة احتاجت إلى حجة كاملة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: أي وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، إلا إذا كان هناك حبل ظاهر أو اعترف من قبل الزوج. وقالا: يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة، وقد مر في الطلاق: وإن لم تكن ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب بقولها لأن فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها. وفي هذا لا فرق بين الرجل والمرأة، ومنهم من قال: لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج أو لا.

والفرق هو أن الأصل أن كل من ادعى أمراً لا يمكنه إثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة، وكل من ادعى أمراً يمكن إثباته بالبينة لا يقبل قوله فيه إلا بالبينة، والمرأة يمكنها إثبات النسب بالبينة لأن انفصال الولد منها مما يشاهد فلا بد لها من بينة، والرجل لا يمكنه إقامة البينة على الإعلاق لخفاء فيه فلا يحتاج إليها، والأول هو المختار لعدم التحميل على أحد فيهما اهـ. قوله: (وهذا لو غير معبر) أي إذا كان الغلام لا يعبر عن نفسه. قوله: (فهو لمن صدقه) أي فالقول قول الغلام أيهما صدقه يثبت نسبه منه بتصديقه، فلو لم يصدقهما جميعاً فالظاهر أن العبرة لقوله ط. قوله: (لأن الخ) علة لقوله فهو ابنهما، فكان الأولى تقديمه على قوله وإلا، وأما كونه لمن كان صدقه إذا كان معبراً فعلته أنه في يد نفسه. قوله: (ولو ولدت أمة) أي من المشتري وادعى الولد. حموي. قوله: (غرم الأب قيمة الولد) ولا يغرم الولد حتى لو كان الأب ميتاً تؤخذ من تركته، وولاؤه للمستحق عليه لأنه علق حر الأصل، وإنما قدر الرق ضرورة القضاء بالقيمة فلا تعدو عليها. قوله: (يوم الخصومة) لا يوم القضاء ولا يوم الولادة. وقال الطحاوي: يغرم قيمة الولد يوم القضاء، وإليه يشير. قوله: (لأنه يوم المنع) أي منع الولد من المستحق، لكن في حاشية الشيخ حسن الشرنبلالي ما يخالفه، حيث فسر يوم التخاصم بيوم القضاء، واستدل عليه بعبارة الزيلعي وشرح الطحاوي، ولا شك أن المغايرة بينهما أظهر لاحتمال

(وهو حر) لأنه مغرور، والمغرور من يطأ امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق فلذا قال: (وكذا) الحكم (ولو ملكها بسبب آخر) أي سبب كان. عيني

تأخر القضاء عن التخاصم بأن لم يقم المستحق البينة في يوم دعوى الاستحقاق بل في يوم آخر وكان بين اليومين تفاوت بالقيمة، يؤيده أن قول الطحاوي صريح في المغايرة بين يومي التخاصم والقضاء، إلا أن يقال: الجمع بينهما ممكن. تأمل. قوله: (وهو حر) أطلقه، ولكن هذا إذا كان حراً، أما إذا كان مكاتباً أو عبداً مأذوناً له في التزوج يكون ولده عبداً: أي قناً للمستحق عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد، وهو حر بالقيمة عنده، وباقي التفصيل مذكور في بابه. قوله: (لأنه مغرور) أي والأمة ملك للمستحق والولد جزؤها فاستوجب المستحق النظر إليه والمغرور معذور، وقد بنى الأمر على سبب صحيح فوجب الجمع بين النظرين مهما أمكن، وذلك بجعل الولد حر الأصل في حق الأب ورقيقاً في حق المستحق، لأن استحقاق الأصل سبب استحقاق الجزء فيضمن الأب قيمته يوم الخصومة.

واعلم أن ولد المغرور حر الأصل من غير خلاف، ولا خلاف أنه مضمون على الأب إلا أن السلف اختلفوا في كيفية الضمان، فقال عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه: يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية: يعني إذا كان الولد غلاماً فعلى الأب غلام مثله، وإن كان جارية فعليه جارية مثلها. وقال علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه: قيمته، وإليه ذهب أصحابنا، فإنه قد ثبت بالنص أن الحيوان لا يضمن بالمثل، وتأويل الحديث الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية. ولأن النظر من الجانبين واجب دفعاً للضرر عنهما فيجعل الولد حر الأصل في حق أبيه رقيقاً في حق مدعيه نظراً لهما. عناية. قوله: (فلذا قال) أي لكون المغرور من اعتمد في وطئه على ملك يمين الخ: أي ولم يقيد بالشراء، فعلم أن قول المصنف أولاً اشتراها اتفاقي. قوله: (وكذا الحكم لو ملكها بسبب آخر) كما لو ملكها أجرة عين له آجرها أو اتهبها أو تصدق به عليه أو أوصى له بها، إلا أن رجوع المغرور بما ضمن لا يعم هذه الصور، بل يقتصر على المشتراة والمجعولة أجرة والمنكوحة بشرط حرية لا الموهوبة، والمتصدق بها والموصى بها. أفاده أبو السعود. قوله: (عيني) حيث قال: النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الأصل في حق الأب رقيقاً في حق المستحق فيضمن قيمته يوم الخصومة لأنه يوم المنع، ويجب على الأب دون الولد، حتى لو كان الأب ميتاً تؤخذ من تركته، ولا ولاء للمستحق عليه لأنه علق حر الأصل، وكذا إذا ملكها بسبب آخر غير الشراء، وكذا إذا تزوجها على أنها حرة فولدت ثم استحقت، روي ذلك عن عمر رضي الله تعالى عنه في النكاح. وعن علي

(كما لو تزوجها على أنها حرة فولدت له ثم استحقت) غرم قيمة ولده **(فإن مات الولد قبل الخصومة فلا شيء على أبيه)** لعدم المنع كما مر **(وإرثه له)** لأنه حر الأصل في حقه فيرثه **(فإن قتله أبوه أو غيره)** وقبض الأب من ديته قدر قيمته **(غرم الأب قيمته)** للمستحق كما لو كان حياً، ولو لم يقبض شيئاً لا شيء عليه، وإن قبض أقل لزمه بقدره. عيني **(ويرجع بها)** أي بالقيمة في الصورتين **(كما يرجع به**

رضي الله تعالى عنه في الشراء بمحضر من الصحابة رضي الله تعالى عنهم من غير نكير فكان إجماعاً اهـ. قوله: **(كما لو تزوجها على أنها حرة)** أي بأن كان المزوّج وليّاً أو وكيلاً عنها، وعقدا بخلاف ما إذا أخبره رجل أنها حرة فتزوجها ثم ظهر أنها مملوكة فلا رجوع بقيمة الولد على المخبر إلا في ثلاث مسائل: منها إذا كان الغرور بالشرط كما لو زوجه امرأة على أنها حرة ثم استحقت فإنه يرجع على المخبر بما غرمه للمستحق من قيمة الولد. وتمامه في باب المرابحة التولية وفي باب الاستحقاق. قوله: **(غرم قيمة ولده)** أي ويرجع ذلك على المخبر كما مر في آخر باب المرابحة. قوله: **(وإرثه له)** أي لو مات الولد وترك مالاً فهو لأبيه، ولا يغرم شيئاً لأن الإرث ليس بعوض عن الولد فلا يقوم مقامه فلم يجعل سلامة الإرث كسلامته. قوله: **(لأنه حر الأصل)** فإن قلت: إنه ظهر منه أنه رقيق في حق المستحق فوجب أن تكون التركة بينهما، قلت: بل هو حر في حق المستحق أيضاً، حتى لو لم يكن له ولاء فيه[1]، وإنما جعل رقيقاً ضرورة القضاء بالقيمة، وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها كما في الشروح، فظهر أن معنى قوله «لأنه حر الأصل في حقه» أنه حر في جميع الأحكام من كل وجه في حق غير المستحق، وفي حق المستحق إنما هو رقيق في حق الضمان. قوله: **(فإن قتله أبوه)** إنما غرم لأن المنع تحقق بقتله. قوله: **(غرم الأب قيمته للمستحق)** لوجود المنع منه فيما إذا كان هو القاتل ولقبضه بدله فيما إذا كان القاتل غيره، فلذا لا يؤخذ منه فوق ما قبض كما سيأتي، بخلاف ميراث الولد فإنه ليس بدلاً عنه، بل آل إليه خلافة عنه كما هو طريقة الإرث وهو حر الأصل في حقه، والغرامة في ماله لو كان الولد حياً لا في مال الولد وهو لم يمنعه ولا بدله فلا شيء عليه. قوله: **(لا شيء عليه)** لأن المنع لا يتحقق فيما لم يصل إليه. قوله: **(لزمه بقدره)** اعتباراً للبعض بالكل. قوله: **(في الصورتين)** أي صورتي الملك والتزوّج، أما في صورة الملك فلأن البائع صار كفيلاً بما شرطه من البدل لوجوب سلامة البدلين في البيع ولما سلم الثمن للبائع وجب سلامة المبيع للمشتري، وذلك بجعل البائع كفيلاً لتملكه البدل، لأنه ضمن سلامتها من عيب والاستحقاق عيب. وأما في صورة النكاح فلأن الاستيلاد مبني على

---

(١) في ط (قوله حتى لو لم تنح) هكذا بالأصل، ولعل الظاهر إسقاط الواو.

(ثمنها) ولو هالكة **(على بائعها)** وكذا لو استولدها المشتري الثاني، لكن إنما يرجع المشتري الأول على البائع الأول بالثمن فقط كما في المواهب وغيرها **(لا بعقرها)**

التزوج وشرط الحرية كوصف لازم للمتزوج فنزل - أي الزوج قائلاً: أنا كفيل بما لزم في هذا العقد، بخلاف ما إذا أخبره رجل أنها حرة أو أخبر به هي وتزوجها من غير شرط الحرية حيث يكون الولد رقيقاً، ولا يرجع على المخبر بشيء لأن الإخبار سبب محض، لأن العقد حصل باختيار الرجل والمرأة، وإنما يؤخذ حكم العلة بالغرور وذلك بأحد أمرين: بالشرط أو بالمعاوضة كما في المقدسي، وهذا ظاهر فيما إذا أرجعنا الصورتين إلى ما ذكرناه. أما إذا أرجعنا الصورتين إلى قوله فإن قتله أبوه أو غيره كما في الشرنبلالي فلا يظهر فيما إذا قتله الأب لأنه ضمان إتلاف فكيف يرجع بما غرم؟ وقد صرح الزيلعي بذلك: أي بالرجوع فيما إذا قتله غيره وبعدمه بقتله، والأولى إرجاع الصورتين إلى ما إذا استولدها ومن إذا قتله غير الأب، فتأمل. قوله: **(ولو هالكة)** يعني إذا هلكت عند المشتري فضمنه: أي المستحق قيمتها وقيمة الولد فإنه يرجع على البائع بثمنها وبقيمة الولد لا بما ضمن من قيمتها، لأنه لما أخذ المستحق قيمتها صار كأنه أخذ عينها، وفي أخذ العين لا يرجع إلا بالثمن فكذا في أخذ القيمة.

والحاصل: أن المستحق يأخذها لو قائمة وقيمتها لو كانت هالكة، ويرجع بذلك على بائعه لأنه بعقد البيع ضمن له السلامة، بخلاف الموهب أو المعير لو هلكت في يده فضمنه المستحق قيمتها لأنهما محسنان وما على المحسنين من سبيل فلا يرجع عليهما كما ذكرنا. قوله: **(وكذا لو استولدها المشتري الثاني)** فإن المشتري الثاني يرجع على المشتري الأول بالثمن وبقيمة الولد. قوله: **(لكن إنما يرجع المشتري الأول على البائع الأول بالثمن فقط)** ولا يرجع بقيمة الولد عند الإمام. وقالا: يرجع عليه بقيمة الولد أيضاً، لأن البائع الأول ضمن للثاني سلامة الولد في ضمن البيع ولم يسلم له حيث أخذ منه قيمة الولد فيرجع به عليه كما في الثمن والرد بالعيب.

ولأبي حنيفة أن البائع الأول ضمن للمشتري سلامة أولاده دون أولاد المشتري منه، لأن ضمان السلامة إنما ثبت بالبيع، والبيع الثاني لا يضاف إليه وإنما يضاف إلى البائع الثاني لمباشرته باختياره فينقطع به سبب الأول، بخلاف الثمن لأن البائع الأول ضمن للبائع الثاني سلامة المبيع ولم يسلم له فلا يسلم للبائع الثمن، وبخلاف الرد بالعيب لأن المشتري الأول استحقه سليماً ولم يوجد اهـ. منح. قوله: **(كما في المواهب)** وعبارتها: ولو استحقت أمة بعد ما استولدها المشتري الثاني غرم العقر وقيمة الولد وقت الخصومة، ويرجع بالثمن وقيمته على البائع وهو يرجع بالثمن فقط انتهى. قوله: **(لا بعقرها)** أي لا يرجع بالعقر الذي أخذه منه المستحق لأنه لزمه باستيفاء منافعها: أي منافع

الذي أخذه منه المستحق للزومه باستيفاء منافعها كما مر في بابي المرابحة والاستحقاق مع مسائل التناقض، وغالبها مر في متفرقات القضاء، ويجيء في الإقرار.

قوله: (التناقض في موضع الخفاء عفو).

يقصدها وهو الوطء وهي ليست من أجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامناً لسلامته. [illegible] الشرنبلالية. قوله: (باستيفاء منافعها) على حذف مضاف: أي منافع بضعها، دل على ذلك قول الزيلعي: العقر عوض عما استوفى من منافع البضع، فلو رجع به سلم له المستوفى مجاناً. وقال الشافعي: يرجع بالعقر أيضاً على البائع. قوله: (التناقض في موضع الخفاء عفو) في الأشباه: يعذر الوارث والوصي والمتولي للجهل اهـ. أي لعدم علمه بما فعله المورث والموصي والمولى.

وفي دعوى الأنقروي في التناقض المدين بعد قضاء الدين أو المختلعة بعد أداء بدل الخلع: لو برهنت على طلاق الزوج قبل الخلع وبرهن على إبراء الدين يقبل، ثم نقل أنه إذا استمهل في قضاء الدين ثم ادعى الإبراء لا يسمع. سائحاني. وقدمنا نظيره ومنه الإقرار بالرضاع، فلو قال هذه رضيعتي ثم اعترف بالخطأ يصدق في دعواه الخطأ، وله أن يتزوجها بعد ذلك، وهذا مشروط بما إذا لم يثبت على إقراره بأن قال هو حق أو صدق أو كما قلت أو أشهد عليه بذلك شهوداً أو ما في معنى ذلك من الثبات اللفظي الدال على الثبات النفسي، وانتفت في ذلك مباحث طويلة الذيول لا يحتمل هذه الأوراق إيرادها، والعذر للمقر في رجوعه عن ذلك لأنه مما يخفى عليه، فقد يظهر بعد إقراره خطأ الناقل.

ومنها: تصديق الورثة الزوجة على الزوجية ودفع الميراث لها ثم دعواهم استرجاع الميراث بحكم الطلاق المانع منه حيث تسمع دعواهم لقيام العذر في ذلك لأنهم حيث استصحبوا الحال في الزوجية وخفيت عليهم البينونة.

ومنها: ما إذا أدى المكاتب بدل الكتابة ثم ادعى العتق قبل الكتابة قبل لأنه يخفى عليه العتق.

ومنها: ما إذا استأجر داراً ثم ادعى ملكها على المؤجر وأنها صارت إلى المستأجر ميراثاً عن أبيه إذ هو مما يخفى.

ومنها: ما إذا استأجر ثوباً مطوياً في جراب أو منديل أو غير ذلك، فلما نشره قال: هذا متاعي تسمع دعواه وتقبل بينته، فالدعوى مسموعة مع التناقض في جميع هذه الصور مطلقاً لتحقق العذر على الراجح المفتى به. ومن المشايخ من اعتبر التناقض في جميع هذه الصور فمنع سماع الدعوى إذا تقدم ما ينافيها إلا في مسألة الرضاع ومسألة إكذاب القاضي المدعي في التناقض السابق، وهي ما إذا أمر إنساناً بقضاء دينه فزعم المأمور أنه

. . . .

قضاه عن آمره وصدقه الآمر وكان الإذن بالقضاء مشروطاً بالرجوع فرجع المأمور على الآمر بالمال الذي صدقه على أدائه للدائن فجحد رب الدين بعد ذلك وادعى على الآمر المديون بدينه وأن المأمور لم يعطه شيئاً وحلف على ذلك يقضي له القاضي على الآمر بأداء الدين، فإذا أداه ثم ادعى الآمر على المأمور بما كان رجع به عليه بحكم تصادقهما فهل الدعوى مسموعة مع التناقض لأن القاضي أكذب المدعي الذي هو الآمر فيما سبق منه من تصديق المأمور حيث قضى عليه بدفع الدين إلى الدائن والحال ما ذكر مانعاً من الرجوع عليه بالمال؟ ثم قال: وهل يشترط في صحة سماع الدعوى إبداء المدعي عذره عند القاضي والتوفيق بين الدعوى وبين ما سبق، أو لا يشترط ذلك ويكتفي القاضي بإمكان العذر والتوفيق، وقدمنا الكلام عليه مستوفى، فراجعه.

ومما يتصل بهذا الفرع: أعني قوله التناقض في موضع الخفاء عفو، ما ذكره في جامع الفصولين: قدم بلدة واستأجر داراً فقيل له هذه دار أبيك مات وتركها ميراثاً فادعاها المستأجر وقال ما كنت أعلم بها لا تسمع للتناقض.

أقول: ينبغي أن تسمع فيه وفي أمثاله، إذ التناقض إنما يمنع ما لم يوفق أو لم يمكن توفيقه. وأما إذا وفق فينبغي أن تسمع إذ لا تناقض حينئذ حقيقة، أما لو أمكن توفيقه ولكن لم يوفق ففيه اختلاف، ونص في هذا وغيره على أن الإمكان يكفي اهـ. وقدمنا أنه في محل الخفاء لا يكفي الإمكان، وإلا فلا بد منه.

قال الخير الرملي: والظاهر أن صاحب الفصولين لم يطلع على نص صريح يفيد سماعها، وقد ظفرت به في البحر الرائق في باب الاستحقاق، وفي شرح قوله لا الحرية والنسب والطلاق، حيث قال: وفي العيون: قدم بلدة واشترى أو استأجر داراً ثم ادعاها قائلاً بأنها دار أبيه مات وتركها ميراثاً وكان لم يعرفه وقت الاستيام لا يقبل والقبول أصح اهـ. ذكره الغزي.

أقول: قوله أقول الخ لا يدل على عدم اطلاعه، بل هو اختيار منه لما هو الأصح وتعليل له. وأقول: قوله واشترى يدل على أنه لو قاسم فهو كذلك: وهي واقعة الفتوى، قاسم عمرو كرماً ثم اطلع على أن الجميع لوالده غرسه بيده ثم مات وتركه له ميراثاً ولم يعلم بذلك وقت القسمة، وسيأتي ما هو أدل، فليتأمل. والظاهر أن قوله قدم بلدة ليس بقيد بل لأنه غالباً عن الخفاء، وإذا كان مقيماً لا يخفى غالباً، يؤيده ما قدمه من قوله شراه أبي في صغري، فتأمل اهـ.

وفي الفصولين في الفصل الثامن والعشرين: دفع الوصي جميع تركة الميت إلى وارثه وأشهد على نفسه أنه قبض منه جميع تركة والده ولم يبق من تركة والده قليل ولا كثير إلا

لا تسمع الدعوى على غريم ميت

استوفاه ثم ادعى داراً في يد الوصي أنها من تركة والدي ولم أقبضها، قال: أقبل بينته واقضي بها له، أرأيت إن قال قد استوفيت جميع ما تركه والدي من دين على الناس وقبضت كله ثم ادعى ديناً على رجل لأبيه الا اقبل بينته واقضي له بالدين اهـ.

وفي البزازية: لو أبرأ أحد الورثة الباقي ثم ادعى التركة وأنكر وإلا تسمع دعواه، وإن اقروا بالتركة أمروا بالرد عليه.

وفيها: لو قال تركت حقي من الميراث أو برئت منها ومن حصتي لا يصح وهو على حقه، لأن الإرث جبري لا يصح تركه اهـ.

وفي الخانية: في الوصايا من تصرفات الوصي: أشهد اليتيم على نفسه بعد البلوغ أنه قبض من الوصي جميع تركة والده ولم يبق له من تركة والده عنده من قليل ولا كثير إلا قد استوفاه ثم ادعى في يد الوصي شيئاً وقال هو من تركة والدي وأقام البينة قبلت بينته، وكذا لو أقر الوارث أنه قد استوفى جميع ما ترك والده من الدين على الناس ثم ادعى لأبيه ديناً على رجل تسمع دعواه اهـ. وقول قاضيخان أشهد اليتيم على نفسه أنه قبض تركة والده.

أقول: ذكر الطرسوسي في شرح فوائده المنظومة قلت: انتقض قولهم إن النكرة في سياق النفي تعم، لأن قوله لم يبق حق نكرة في سياق النفي، فعلى مقتضى القاعدة لا تصح دعواه بعد ذلك لتناقضه والمتناقض لا تسمع دعواه ولا بينته اهـ.

أقول: إنما اغتفر مثله لأنه محل الخفاء بكونه لا يحيط علمه بما ترك والده بل قد يخفى عليه ذلك فيعفى التناقض. تأمل.

وأقول: قد حرر سيدي الوالد رحمه الله تعالى المسألة برسالة سماها (إعلام الأعلام بأحكام الإبراء العام) ووفق فيها بين عبارات متعارضة ورفع ما فيها من المناقضة.

وحاصل ما فيها الفرق بين إقرار الابن للوصي وبين إقرار الورثة للبعض، لما في البزازية عن المحيط لو أبرأ أحد الورثة الباقي إلى آخر عبارتها المتقدمة.

ووجه الفرق بينهما أن الوصي هو الذي يتصرف في مال اليتيم بلا اطلاعه، فيعذر إذا بلغ وأقر بالاستيفاء منه لجهله، بخلاف بقية الورثة فإنهم لا تصرف لهم في ماله، ولا في شيء من التركة إلا باطلاع وصية القائم مقامه فلا يعذر بالتناقض، ومن أراد مزيد البيان ورفع الجهالة فعليه بتلك الرسالة ففيها الكفاية لذوي الدراية. قوله: (لا تسمع الدعوى) أي من أي مدع كان كغريم دائن ومودع هذا. وقد تقدم أن دعوى أنه وارث تسمع على الدائن والمديون. قوله: (على غريم ميت) بالإضافة، والمراد به دائن الميت كما هو المتبادر من البيري. واستظهر الحموي أنه مديون الميت.

والحاصل: أنه إذا ادعى قوم على الميت ديوناً وأرادوا أن يثبتوا ذلك فليس لهم أن يثبتوا على غريم للميت عليه دين ولا على موصى له بل لا بد من حضور وارث أو وصي.

قال في البزازية: وإثبات الدين على من في يده مال الميت هل يصح؟ اختلف المشايخ. وصورته: المريض مرض الموت وهب كل ماله في مرضه أو أوصى بجميع ماله ثم ادعى رجل ديناً على الميت؟ قال السعدي: تنصب القاضي وصياً وسمع الخصومة عليه. وقال شمس الأئمة: يسمع على من في يده المال ا هـ. ومن هنا تعلم أن قوله الآتي زائداً صوابه ذا يد كما هو في أصل عبارة الأشباه.

وفي البحر: واختلف المشايخ في إثبات الدين على من في يده مال الميت وليس بوارث ولا وصي، ولا تسمع دعوى دين على ميت على غريم الميت مديوناً أو دائناً ا هـ.

وفي حاشية الأشباه للحموي: واستثناء الموهوب له من غريم الميت منقطع، إذ ليس هو من الغرماء حتى يكون متصلاً.

وفي البزازية: تقبل بينة إثبات الدين على الميت على الموصى له أو مديون الميت أو الوارث أو الذي له على الميت دين ومثله في الطالبة.

وفي قاضيخان من الوصايا: رجل مات وعليه دين محيط بماله. قال أبو بكر: الوارث لا يصير خصماً للغرماء لأنه لا يرث. وقال علي بن محمد: الوارث يصير خصماً ويقوم مقام الميت في الخصومة وبه نأخذ. ثم قال: والصحيح أن يكون الوارث خصماً لمن يدعي الدين على الميت وإن لم يملك شيئاً.

وفي البزازية أيضاً: والخصم في إثبات كونه وصي الوارث أو الموصى له أو مديون الميت أو دائنه، وقيل الدائن ليس بخصم.

قال في نور العين من الخامس: لا تقبل دعوى من يدعي على ميت بحضرة رجل يدعي أنه وصي الميت وأقر المدعى عليه بالوصاية ا هـ. فتبين من هذا أن الدعوى إنما تسمع على وصي محقق.

وفيه من السادس في دعوى دين على الميت: يكفي حضور وصيه أو ورثته، ولا حاجة إلى ذكر كل الورثة ا هـ.

وعبارة الأشباه: لا تسمع الدعوى بدين على ميت لا على وارث أو وصي موصى له، ولا تسمع على غريم له كما في جامع الفصولين، إلا إذا وهب جميع ماله لأجنبي وسلمه له فإنها تسمع عليه لكونه ذا يد كما في خزانة المفتين انتهى، فحل هذا. قوله: «غريم ميت» تركيب إضافي بمعنى اللام.

إلا إذا وهب جميع ماله لأجنبي وسلمه له فإنها تسمع عليه لكونه زائداً.

لا يجوز للمدعى عليه الإنكار مع علمه بالحق إلا في دعوى العيب ليبرهن فيتمكن من الرد، وفي الوصي إذا علم بالدين.

لا تحليف مع البرهان إلا في ثلاث: دعوى دين على ميت

فرع: قال في خزانة الأكمل: لو مات رجل في بلد بعيد وترك مالاً وادعى رجل عليه ديناً وورثته في بلد منقطع عنه فإن القاضي ينصب له وصياً ويسمع بينته ويقضي له بالدين، ولو لم يكن منقطعاً لا تسمع بينته على غير الوارث انتهى. قوله: (إلا إذا وهب الخ) صورته: رجل وهب جميع ماله لإنسان وسلمه إياه ثم مات فادعى عليه آخر أن هذه العين له أو أنه له على الميت كذا من الدين فإنها تسمع دعواه عليه، لأن في الأولى العين التي يدعيها في يد الموهوب له، وفي الثانية الدين متعلق بالتركة وهي في يده، لكن في الثانية يشترط أن تكون الهبة في مرض الموت لأن الدين إنما يتعلق بها فيه، فعلم أن الاستثناء هنا منقطع لأن الموهوب له ليس بغريم. وفي البزازية أن الموصى له بجميع المال أو بما زاد على الثلث خصم لعدم الوارث لأن استحقاق الزائد على الثلث من خصائص الوارث فيلحق بالوارث. حموي. قوله: (لكونه زائداً) أي على الثلث كما تقدم، وفي نسخة «ذا يد» أي صاحب يد، وقد علمت توجيهه وإن كان الأول صواباً أيضاً كما ذكر في البزازية. قوله: (لا يجوز للمدعى عليه الإنكار الخ) قال بعض الفضلاء: يلحق بهذا مدعي الاستحقاق للمبيع فإنه ينكر الحق حتى يثبت ليتمكن من الرجوع على بائعه، ولو أقر لا يقدر.

وأيضاً ادعاء الوكالة أو الوصاية وثبوته لا يكون إلا على وجه الخصم الجاحد كما ذكره قاضيخان، فإن أنكر المدعى عليه ليكون ثبوت الوكالة والوصاية شرعاً صحيحاً يجوز فيلحق هذا أيضاً بهما، ويلحق بالوصي أحد الورثة إذا ادعى عليه الدين فإنه لو أقر بالحق يلزمه الكل من حصته، وإذا أنكر فأقيمت البينة عليه يلزم من حصته وحصتهم. حموي. قوله: (ليبرهن فيتمكن من الرد) لأنه إن قبله بغير قضاء لم يكن له الرد، والظاهر أن هذا فيما إذا كان بائعه تملكه بالشراء من آخر، أما إذا كان موروثاً أو موهوباً أو موصى به أو نتاجاً فلا ينكر البتة. وصورته: أن لا يكون عالماً بالعيب قبل البيع، وإلا كان راضياً به فلا يتمكن من الرد. قوله: (إذا علم بالدين) فإنه لو أقر يلزمه ولا يرجع، بخلاف ما إذا أنكر وأقيمت البينة. زاد أبو السعود: أو إذا علم الوصي بالنسب كما فهمه من عبارة الحانوتي في فتاواه. قوله: (لا تحليف مع البرهان) قيل عليه: لو قال مع البينة لكان صواباً، إذ لا تحليف مع الإقرار بعين وهو برهان اهـ. والجواب أن المطلق محمول على الفرد الكامل وهو البينة اهـ. قوله: (دعوى دين على ميت) في أوائل دعوى التنقيح: أجمعوا على أن من ادعى ديناً على الميت يحلف بلا طلب وصي ووارث: بالله ما استوفيت

واستحقاق مبيع، ودعوى آبق.

الإقرار لا يجامع البينة

دينك منه ولا من أحد أداه عنه وما قبضه قابض ولا أبرأته ولا شيئاً منه، ولا أحلت به ولا بشيء منه على أحد ولا عندك ولا بشيء منه رهن، فإذا حلف أمر بالدفع إليه وإن نكل لم يؤمر بالدفع إليه. خلاصة. فلو حكم القاضي بالدفع قبل الاستحلاف لم ينفذ حكمه، وتمامه فيها.

وفيها عن البحر: ولم أر حكم من ادعى أنه دفع للميت دينه وبرهن هل يحلف وينبغي أن يحلف احتياطاً، لكن رده الرملي بأنه في مسألة دفع الدين شهدوا على حقيقة الدفع فانتفى احتمال أنهم شهدوا باستصحاب الحال، وقد استوفى في باطن الأمر كما في مدعي الدين، وارتضاه الوالد رحمه الله تعالى بقوله: وكلام الرملي هو الأوجه كما لا يخفى على من تنبه، وقدمناه بما لا مزيد عليه. قوله: (واستحقاق مبيع) يعني إذا استحق المبيع بالبينة من المشتري فللمستحق عليه تحليف المستحق بالله ما بعته ولا وهبته ولا تصدقت به ولا خرجت العين عن ملكك بوجه من الوجوه. قوله: (ودعوى آبق) أي دعوى تملك آبق.

قال سيدي الوالد رحمه الله تعالى: لعل صورتها فيما إذا ادعى على رجل أن هذا العبد عبدي أبق مني وأقام بينة على أنه عبده فليحلف أيضاً لاحتمال أنه باعه. تأمل.

ثم رأيت في شرح هذا الشرح نقل عن الفتح هكذا. وعبارته قال في الفتح: يحلف مدعي الآبق مع البينة بالله أنه باق على ملكك إلى الآن لم يخرج ببيع ولا هبة ولا نحوها ا هـ.

وصورة ط: بما إذا حبس القاضي الآبق فجاء رجل وادعاه وأقام بينة أنه عبده يستحلف بالله أنه باق في ملكه ولم يخرج ببيع ولا هبة فإذا حلف دفعه إليه، وذلك صيانة لقضائه عن البطلان ونظراً لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتر وموهوب له، ويلحق بهذه المسائل ما إذا قامت البينة للغريم المجهول حاله بأنه معدم فلا بد من يمينه أنه ليس له مال ظاهر ولا باطن وإن وجد مالاً يؤدي حقه عاجلاً، لأن البينة إنما قامت على الظاهر ولعله غيب ماله، وما لو شهد الشهود أن له عليه دراهم سواء قالوا لا نعرف عددها، أم لا تحمل ثلاثة ويحلف على نفي ما زاد عنها إذا كان المدعي يدعي الزيادة ا هـ. قوله: (الإقرار لا يجامع البينة) لأنها لا تقام إلا على منكر، وذكر هذا الأصل في الأشباه في كتاب الإقرار عن الخانية، واستثنى منه أربع مسائل: وهي ما سوى دعوى الآبق، وكذا ذكرها قبله في كتاب القضاء والشهادات ولم يذكر الخامسة بل زاد غيرها وأوصلها إلى سبع وتأتي هنا مفصلة مع زيادة ثلاثة أخر، وعليه فتكون عشرة.

إلا في أربع: وكالة ووصاية، وإثبات دين على ميت »

قال في جامع الفصولين: وهذا يدل على جواز إقامتها مع الإقرار في كل موضع يتوقع الضرر من المقر لولاها فيكون هذا أصلاً. قوله: (إلا في أربع) الذي ذكره هنا خمسة ولكنها سبعة كما في الحموي.

ملخصها: أنه لا تسمع البينة على مقر إلا على وارث مقر بدين على الميت فتقام البينة للتعدي، وفي مدعى عليه أقر بالوصاية تبرهن الوصي، وفي مدعى عليه أقر بالوكالة فيثبتها الوكيل دفعاً للضرر، وفي الاستحقاق تقبل البينة به مع إقرار المستحق عليه ليتمكن من الرجوع على بائعه، وفيما لو خوصم الأب بحق عن الصبي فأقر لا يخرج عن الخصومة، ولكن تقام البينة عليه مع إقراره، بخلاف الوصي وأمين القاضي إذا أقر خرج عن الخصومة، وفيما لو أقر الوارث للموصى له فإنها تسمع البينة عليه مع إقراره. وفيما لو أجر دابة بعينها من رجل ثم من آخر فأقام الأول البينة، فإن كان الآجر حاضراً عليه البينة، وإن كان يقر بما يدعي. قوله: (وكالة) يعني لو أقر بوكالة رجل بقبض دين عليه لموكله فإن الوكيل يقيم بينته، إذ لو دفعه بلا بينة يتضرر إذ لا تبرأ ذمته إذا أنكر الموكل وكالته ا هـ ط.

زاد الفاضل الحموي ثامنة وتاسعة نقلهما عن البدائع من كتاب القسمة. الثامن: الورثة إذا كانوا مقرين بالعقار لا بد من إقامة البينة على بعضهم على قول أبي حنيفة. التاسع: الأب أو الوصي إذا أقر على الصغير لا بد من بينة تقام عليه مع كونه مقراً ا هـ. وزاد بعض الفضلاء عاشراً: وهو ادعى على آخر عقاراً أنه في يده وهو مستحق فأقر باليد تسمع بينته أنه ذو اليد مع إقراره ا هـ. قوله: (ووصاية) يعني إذا أقر المدعى عليه بالوصاية.

وصورته: رجل قال للقاضي إن فلان بن فلان الفلاني أقامني وصياً ومات وله على هذا كذا أو في يد هذا كذا فصدقه المدعى عليه فالقاضي لا يثبت وصايته بإقراره حتى يقيم البينة عليها، لأنه إذا دفع إليه المال اعتماداً على الإقرار فقط لا تبرأ ذمته من الدين إذا أنكر الوارث، أما لو دفع بعد البرهان تبرأ ذمته. أفاده صاحب تنوير الأذهان. قوله: (وإثبات دين على ميت) صورته: ادعى على بعض الورثة دين على الميت فأقر الوارث بالدين فإنه يستوفي من نصيبه قدر ما يخصه من الدين، وللطالب أن يقيم بينة على حقه ليكون حقه في كل التركة، وكذا إذا أقر جميع الورثة تقبل بينته لأن المدعي يحتاج إلى إثبات الدين في حقهم وحق دائن آخر.

وفي البيري: اختلفوا فيما إذا أقر المدعى عليه بعد إقامة البينة هل يقضى عليه بالإقرار أو بالبينة. قيل يقضى بالبينة لأنه بالإنكار وإقامة البينة استحق عليه الحكم فلا

واستحقاق عين من مشتر، ودعوى الآبق.

لا تحليف على حق مجهول إلا في ست: إذا اتهم القاضي وصي يتيم، ومتولي وقف، وفي رهن مجهول، ودعوى سرقة،

يبطل الحق السابق بالإقرار اللاحق، ولأن زيادة التعدي ثابتة بالبرهان حقه فلا يؤثر الإقرار اللاحق في بطلانه، هـ موضحاً. ط. وتقدم الكلام عليه. قوله: (**واستحقاق عين من مشتر**) فإن المشتري إذا أقر بالاستحقاق للمستحق لا يتمكن من الرجوع بالثمن على بائعه، فإذا أقيمت عليه البينة أمكنه ذلك، وقد تقدم أنه يسوغ له الإنكار مع العلم لأجل هذا التمكن. ط. لكن قد يقال مع الإقرار كيف يكون له الرجوع. تأمل. قوله: (**ودعوى الآبق**) يعني إذا ادعى على شخص أن العبد الذي عنده أبق منه، وأقر واضع اليد بذلك فله أن يطلب البينة على ذلك لاحتمال أن الغير تملكه منه. قوله: (**لا تحليف على حق مجهول**) أي ادعى به مدع، كما لو ادعى على شريكه خيانة مبهمة لم يحلف كذا في الخانية، لكن أفتى قارىء الهداية بخلافه.

وعبارته: سئل إذا ادعى أحد الشريكين على الآخر خيانة وطلب من الحاكم يمينه هل يلزم أو لا؟ أجاب: إذا ادعى عليه خيانة في قدر معلوم وأنكر حلف عليه، فإن حلف برىء، وإن نكل ثبت ما ادعاه، وإن لم يعين مقداراً فكذلك يحلف، لكن إذا نكل عن اليمين لزمه أن يبين مقدار ما خان فيه، والقول في مقداره إلى المقر مع يمينه لأن نكوله كالإقرار بشيء مجهول، والبيان في مقداره إلى المقر مع يمينه إلا أن يقيم خصمه بينة على الأكثر، ومثله المضارب مع رب المال. قوله: (**إذا اتهم القاضي وصي يتيم ومتولي وقف**) ولم يدع عليه شيئاً معلوماً فإنه يحلف نظراً لليتيم والوقف. حموي. قوله: (**وفي رهن مجهول**) أي لو ادعى الراهن رهناً مجهولاً أي كثوب مثلاً فأنكر المرتهن فإنه يحلف. وقيده بعض الفضلاء عازياً إلى القنية بما إذا ذكر المدعي قدر الدين الذي وقع به الرهن. هذا. قوله: (**ودعوى سرقة**) أقول: فيه نظر لما في قاضيخان من أنه يشترط ذكر القيمة في الدعوى إذا كانت سرقة ليعلم أنها نصاب أو لا، وأما فيما سوى ذلك فلا حاجة إلى بيانها. أبو السعود. ولعل ذلك في حق القطع لا الضمان كما يفيده كلامه ط.

قال في جامع الفصولين: ادعى أعياناً مختلفة الجنس والنوع والصفة وذكر قيمة الكل جملة ولم يذكر كلاً على حدة، اختلف فيه المشايخ: قيل لا بد من التفصيل، وقيل يكتفي بالإجمال وهو الصحيح، إذ المدعي لو ادعى غصب هذه الأعيان لا يشترط لصحة دعواه بيان القيمة، فلو ادعى أن الأعيان قائمة فيؤمر بإحضارها لتقبل البينة بحضرتها، ولو قال إنها هالكة وبين قيمة الكل تسمع دعواه.

وفي ج: ولو ادعى أنه غصب أمته ولم يذكر قيمتها تسمع دعواه ويؤمر برد الأمة،

وغصب، وخيانة مودع.

لا يحلف المدعي إذا حلف المدعى عليه إلا في مسألة في دعوى البحر. قال: وهي غريبة يجب حفظها. أشباه.

قلت: وهي ما لو قال المغصوب منه كانت قيمة ثوبي مائة وقال الغاصب لم

ولو هالكة فالقول في قدر القيمة للغاصب فلما صح دعوى الغصب بلا بيان القيمة فلأن يصح إذا بين قيمة الكل جملة أولى، وقيل إنما يشترط ذكر القيمة لو كانت الدعوى سرقة ليعلم أن السرقة كانت نصاباً وفي غيرها لا يشترط ذكره الحموي، فظهر أن إيرادها في هذا المحل في حق الضمان لا القطع كما قدمناه عن ط. قوله: (وغصب) قال في الدرر والغرر: ولو قال غصب مني عين كذا ولا أدري أنه هالك أو قائم ولا أدري كم كانت قيمته، وذكر في عامة الكتب أنها تسمع الدعوى لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله، فلو كلف بيان القيمة لتضرر. وفائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم إذا أنكر والجبر على البيان إذا أقر ونكل عن اليمين اهـ. وقدمت في الدعوى مع ما عليه من الكلام، فراجعه. قوله: (وخيانة مودع) فإنه يحلف ما خان فيما ائتمن، فإن حلف برىء، وإن نكل يجبر على بيان قدر ما نكل عنه، وقيل لا يستحلف حتى يقدر شيئاً يستحلف عليه.

وذكر بعض الفضلاء: أن سماع الدعوى في مثل هذه المسائل مع الجهالة متفق عليه إلا في دعوى الوديعة ودعوى الغصب حيث يشترط لسماعها فيهما بيان القيمة عند بعض المشايخ اهـ. وينبغي زيادة دعوى السرقة كما يعلم من الحموي.

قال شمس الأئمة الحلواني: الجهالة كما تمنع قبول البينة تمنع الاستحلاف، إلا إذا اتهم القاضي وصي اليتيم الخ. وحينئذ فدعوى المجهول لا يستحلف عليها، فلو ادعى على رجل أنه استهلك ماله وطلب التحليف من القاضي لا يحلفه، وكذا لو قال بلغني أن فلان بن فلان أوصى لي ولا أدري قدره وأراد أن يحلف الوارث لا يجيبه القاضي، وكذا المديون إذا قال قضيت بعض ديني ولا أدري كم قضيت أو قال نسيت قدره وأراد تحليف الطالب لا يلتفت إليه كما في الخانية. قوله: (إلا في مسألة في دعوى البحر الخ) أي قبل قوله ولا ترد يمين على مدع. قوله: (وهي غريبة يجب حفظها) ستأتي هذه المسألة في كتاب الغصب، وكتب المحشي هناك على قوله فلو لم يبين فقال: الظاهر أن في النسخة خللاً، لأنه إذا لم يبين فما تلك الزيادة التي يحلف عليها: أي عن نفيها. وفي ظني أن أصل النسخة فإذا بين: يعني أنه لو بين حلف على نفي الزيادة التي هي أكثر مما بينه وأقل مما يدعيه المالك هذا. وينبغي أن يقارب في البيان، حتى لو بين قيمة فرس بدرهم لا يقبل

أدنى ولكنها لا تبلغ مائة صدق بيمينه وألزم ببيانه، فلو لم يبين يحلف على الزيادة ثم يحلف المغصوب منه أيضاً أن قيمته مائة، ولو ظهر خير الغاصب بين أخذه أو قيمته فليحفظ، والله تعالى أعلم.

منه كما تقدم نظيره اهـ. وكتب على قوله هناك ولو حلف المالك أيضاً على الزيادة أخذها لم يظهر وجهه، فليراجع اهـ. قوله: (وألزم ببيانه) لأنه أقر بقيمة مجهولة، فإن أخبر بشيء يحلف على ما يدعيه المغصوب منه من الزيادة، فإن حلف لا يثبت ما ادعاه المغصوب منه، وإن نكل لا يثبت أيضاً ما لم يحلف المدعي أن قيمته مائة فإن حلف أخذ من الغاصب مائة، وقوله يحلف على ما يدعيه المغصوب منه فيه أنه حلف أولاً على ذلك، فلو كانت هذه اليمين على ما ذكره من القيمة بأن يحلف أن قيمته ما ذكره.

وحاصله: أن يمين المدعى عليه أنها لم تكن قيمته مائة ويمين المدعي أن قيمته المائة. قوله: (يحلف على الزيادة) أي التي يدعيها المالك، فإن حلف لا يثبت ما ادعاه المغصوب منه، وإن نكل لا يثبت أيضاً ما لم يحلف المدعي أن قيمته مائة، وإلى هذا أشار بقوله «ثم يحلف المغصوب منه الخ» والظاهر أن ثمرة هذا اليمين ثبوت الخيار له إذا ظهر. قوله: (ثم يحلف المغصوب منه أيضاً أن قيمته مائة) فإن حلف أخذ من الغاصب مائة، لكن قد يقال: إذا لم يبين فما تلك الزيادة التي يحلف عليها، وعليه فالأولى أن يقول فإن بين حلف على نفي الزيادة التي هي أكثر مما بينه وأقل مما يدعيه المالك. تأمل. قوله: (ولو ظهر) أي الثوب. قوله: (بين أخذه) أي الثوب بما دفعه من الدراهم لا بقيمة الثوب في ذاته وإن كانت أنقص أو أزيد لأن المالك لم يرض إلا بدفعه بالمائة. قوله: (أو قيمته) عطف على الضمير المجرور: أي أو أخذ قيمته بأن يرده ويأخذ القيمة التي دفعها.

وفي متفرقات إقرار التاترخانية: ويجبر الغاصب على البيان لأنه أقر بقيمة مجهولة وإذا لم يبين يحلف على ما يدعي المالك من الزيادة، فإن حلف ولم يثبت ما ادعاه المالك يحلف أن قيمته مائة، ويأخذ من الغاصب مائة فإذا أخذ ثم ظهر الثوب خير الغاصب بين أخذه أو رده وأخذ القيمة. وحكي عن الحاكم أبي محمد الشعبي أنه كان يقول: ما ذكر من تحليف المغصوب منه وأخذ المائة بثمنه من الغاصب هذا بالإنكار يصح، وكان يقول: الصحيح في الجواب أن يجبر الغاصب على البيان، فإن أبى يقول له القاضي أكان قيمته مائة؟ فإن قال لا، يقول أكان خمسين؟ فإن قال لا، يقول خمسة وعشرين إلى أن ينتهي إلى ما لا تنقص عنه قيمته عرفاً وعادة فيلزمه ذلك اهـ. لكن قال بعض الفضلاء: التحصر مشروع لأنهما إذا اختلفا في قدر الثمن أو المبيع ولا بينة تحالفا، ولو اشترى أمة بألف وقبضها ثم تقايلا وقبل قبضها اختلفا في قدر الثمن تحالفا؛ ولو اختلفا في الأجرة أو المنفعة أو فيهما قبل التمكن في المدة تحالفا. حموي. وفيه أن كلاً منهما في هذه المسائل

مدع ومدعى عليه. ﻫ عن الطوري. ومثله في حاشية الحموي.

تذنيب برهن أنه ابن عمه لأبيه وأمه وبرهن الدافع أنه ابن عمه لأمه فقط أو على إقرار الميت به: أي بأنه ابن عمه لأمه فقط كان دفعاً قبل القضاء بالأول لا بعده لتأكده بالقضاء.

ادعى ميراثاً بالعصوبة فدفعه أن يدعي خصمه قبل الحكم بإقراره بأنه من ذوي الأرحام إذ يكون حينئذ متناقضاً.

ادعى قيمة جارية مستهلكة فبرهن الخصم أنها حية رأيتها في بلد كذا لا يقبل إلا أن يجيء بها حية.

الكفيل ينتصب خصماً عن الأصيل بلا عكس؛ لأن القضاء على الكفيل قضاء على الأصيل ولا عكس.

إذا اشترك الدين بين شريكين لا بجهة الإرث فأحدهما لا ينتصب خصماً عن الآخر الكل من الغرر.

رجل غاب عن امرأته وهي بكر أو ثيب فتزوجت بزوج آخر وولدت كل سنة ولداً: قال أبو حنيفة: الأولاد للأول. وعنه أنه رجع عن هذا وقال: لا يكون الأولاد للأول إنما هم للثاني. وعليه الفتوى كما في الخانية. ولو ادعى عليه مهر امرأة فقال ما تزوجتها ثم ادعى الإبراء عن المهر فهو دفع مسموع إن وفق كما في القنية. وفيها: ادعى عليه شيئاً فأمره القاضي بالمصالحة فقال لا أرضى بهذه المصالحة وتركته أصلاً فهو إسقاط لما يدعيه عنك.

إذا قال تركته أصلاً فهو إبراء. ومنه: لو قال تركت دعواي على فلان وفوضت أمري إلى الآخرة لا تسمع دعواه بعده.

أقول: قيد القاضي اتفاقي كما لا يخفى.

وفي الفتاوى النجدية: رجل مات فقالت امرأة لابن الميت كنت امرأة أبيك محمد إلى يوم موته وطلبت المهر والميراث فأنكر الابن وقال اسم أبي لم يكن محمداً وإنما كان عمر، ثم جاءت فادعت أنها امرأة أبيه عمر إلى يوم موته وطلبتهما تسمع دعواها وليس بتناقض لجواز أن يكون له اسمان فلذا تسمع إذا وفق المدعي.

أقول: وجه التوفيق بأن تقول كنت أعلم أن لأبيه اسمين فادعيت بأحدهما فلما أنكر ادعيت بالآخر. وفهم من هذه المسألة أن تسمع الدعوى على الميت بدون اسم أبيه ونسبه. تدبر.

قال في التاترخانية في الخامس عشر من الدعوى: غلط الاسم لا يضرّ لجواز أن يكون له اسمان، ومثله في صور المسائل عن الفتاوى الرشيدية.

وفي البزازية في السادس عشر من الاستحقاق، وكذا في الخيرية من المحضر والخراج وقدمناه عن التنقيح.

ولنختم هذا الباب بمسألة ختم بها كتاب الدعوى في الجامع الصغير، تيمنًا بالله حسن الخاتمة. وهي أنه إذا قالت امرأة أنها أم ولد هذا الرجل وأرادت استحلافه ليس لها ذلك في قول أبي حنيفة، خاصة لأن أمومية الولد تبع للنسب وهو لا يرى اليمين في النسب اهـ. والله تعالى أعلم، وأستغفر الله العظيم.

كتاب الإقرار

مناسبته أن المدعى عليه

كتاب الإقرار

ثبت بالكتاب وهو قوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ﴾ أمره بالإملال، فلو لم يقبل إقراره لما كان للإملال معنى، وقوله: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥] والمراد به الإقرار. زيلعي. والسنة، فقد قبل ﷺ إقرار ماعز والغامدية والإجماع. فقد أجمعت الأمة على أن الإقرار حجة في حق نفسه حتى أوجبوا الحد والقصاص بإقراره وإن لم يكن حجة في حق غيره لعدم ولايته عليه فأولى المال والمعقول، فإن العاقل لا يقر على نفسه كذباً فيما فيه ضرر على نفسه أو ماله فترجحت جهة الصدق في حق نفسه لعدم التهمة وكمال الولاية اهـ. بخلاف إقراره في حق غيره. حتى لو أقر مجهول النسب بالرق جاز ذلك على نفسه وماله ولا يصدق على أولاده وأمهاتهم ومدبريه ومكاتبيه، بخلاف ما إذا ثبت بالبينة لأن البينة إنما تصير حجة بالقضاء والقضاء ولاية عامة فينفذ في حق الكل. أما الإقرار فحجة بنفسه ولا يحتاج فيه إلى القضاء فينفذ عليه وحده الخ. وقوله ولا يصدق على أولاده الخ لأنه ثبت لهم حق الحرية أو استحقاقها فلا يصدق عليهم كما في الدرر. قوله: (مناسبته) أي للدعوى.

ووجه تأخيره عنها أن الدعوى تنقطع به فلا يحتاج بعده إلى شيء آخر، حتى إذا لم يوجد يحتاج إلى الشهادة، وركنه لفظ أو ما في حكمه دال عليه كقوله لفلان علي كذا أو ما يشبهه، لأنه يقوم به ظهور الحق وانكشافه حتى لا يصح شرط الخيار فيه بأن أقر بدين أو بعين على أنه بالخيار إلى ثلاثة أيام فالخيار باطل، وإن صدقه المقر له والمال لازم كما في محيط السرخسي. وله شروط ستذكر في أثناء الكلام، وهي: العقل والبلوغ بلا خلاف والحرية في بعض الأحكام دون البعض، حتى لو أقر العبد المحجور بالمال لا ينفذ في حق المولى، ولو أقر بالقصاص يصح. كذا في المحيط. ويتأخر إقراره بالمال إلى ما بعد العتق، وكذا المأذون له يتأخر إقراره بما ليس من باب التجارة كإقراره بالمهر بوطء امرأة تزوجها بغير إذن مولاه، وكذا إذا أقر بجناية موجبة للمال لا يلزمه، بخلاف ما إذا أقر بالحدود والقصاص كما في التبيين، وكون المقر به مما يجب تسليمه إلى المقر له، حتى لو أقر أنه غصب كفاً من تراب أو حبة حنطة لا يصح، لأن المقر به لا يلزمه تسليمه إلى المقر له، ومنها الطواعية والاختيار، حتى لا يصح إقرار المكره في النهاية، وإقرار السكران بطريق محظور صحيح إلا في حد الزنا وشرب الخمر مما يقبل الرجوع وإن كان بطريق مباح لا كما في البحر، وحكمه ظهور المقر به: أي لزومه على المقر بلا تصديق وقبول من المقر له فإنه

إما منكر أو مقرّ

يلزم على المقر ما أقر به لوقوعه دالاً على المخبر به لا ثبوته ابتداء كما في الكافي، لأنه ليس بناقل لملك المقر إلى المقر له فلهذا فرع عليه ما سيأتي من صحة الإقرار بالخمر للمسلم حتى يؤمر بالتسليم إليه، ولو كان تمليكاً مبتدأ لما صح، وكذلك لا يصح الإقرار بالطلاق والعتاق مع الإكراه والإنشاء يصح مع الإكراه كما في المحيط.

وحاصله: أن قول المقر إن هذا الشيء لفلان معناه أن الملك فيه ثابت لفلان وليس معناه أنه ملك للمقر وجعله للمقر له فهو إخبار دالّ على المخبر به فيلزمه التصديق، ويحتمل الكذب فيجوز تخلف مدلوله عنه كما في الإقرار بالطلاق مكرهاً كما قلنا، وسيأتي لقيام دليل الكذب وهو الإكراه، ولو كان معناه الثبوت ابتداء لصح لكونه إنشاء والإنشاء لا يتخلف مدلوله عنه كما سيأتي تمامه قريباً. ولو أقر لغيره بمال والمقر له يعلم أنه كاذب في إقراره لا يحل له ديانة إلا أن يسلمه بطيب من نفسه فيكون هبة منه ابتداء كما في القنية، وإنما يعتبر الإقرار ظاهراً في حق ملكية المقر به حتى يحكم بملكيته للمقر له بنفس الإقرار ولا يتوقف على تصديق المقر له، أما في حق الرد فيعتبر تمليكاً مبتدأ كالهبة حتى يبطل برد المقر له وبعدما وجد التصديق من المقر له لا يعمل رده لو رد الإقرار بعد ذلك، ثم الإقرار إنما يبطل برد المقر له إذا كان المقر له يبطل بالرد حق نفسه خاصة. أما إذا كان يبطل حق غيره فلا يعمل رده، كما إذا أقر الرجل أني بعت هذا العبد من فلان بكذا فرد المقر له إقراره وقال: ما اشتريت منك شيئاً ثم قال بعد ذلك: اشتريت فقال البائع ما بعتكه لزم البائع البيع بما سمي لأنه جحد البيع بعد تمامه، وجحود أحد المتعاقدين لا يضر، حتى أن المشتري متى قال ما اشتريت وصدقه البائع وقال نعم ما اشتريت ثم قال لا بل اشتريت لا يثبت الشراء وإن أقام البينة على ذلك، لأن الفسخ تم بجحودهما، ثم في كل موضع بطل الإقرار برد المقر له، لو أعاد المقر ذلك الإقرار فصدقه المقر له كان للمقر له أن يأخذه بإقراره، وهذا استحسان. هكذا في المحيط.

ثم اعلم أن السكوت نزلوه منزلة الإقرار في مسائل سيذكرها الشارح، ونذكر تمامها إن شاء الله تعالى كذلك الإيماء بالرأس وسيذكره المصنف. قوله: (إما منكر أو مقر) واللائق بحال المسلم الإقرار بالحق كي لا يحتاج المدعي إلى تدارك الشهود والملازمة في باب القاضي للإحضار، ولاسيما وما يلزم عليه في هذا الزمان للتسبب بالوصول إلى سحت المحصول، كما أن اللائق بالمدعي أن تكون دعواه حقاً لئلا يلزم المدعى عليه الدفع لسحت المنع وقدمه: أي الإقرار على ما بعده وهو الصلح لترتبه على الإنكار غالباً، ثم إذا حصل بالصلح شيء: إما أن يستريح فيه بنفسه وتقدم طريقه في البيع أو بغيره وهو

وهو أقرب لغلبة الصدق.

(هو) لغة: الإثبات، يقال قر الشيء: إذا ثبت. وشرعاً: (إخبار

المضاربة وإن لم يصرح فإما أن يحفظه بنفسه ولا يحتاج إلى بيان حكمه أو بغيره وهو الوديعة. قوله: (وهو) أي الإقرار أقرب: أي لحال المسلم. قوله: (لغلبة الصدق) أي من المدعي في دعواه ومن المقر فيما أقر به، لأن العاقل لا يقر على نفسه كاذباً فيما ضرر على نفسه أو ماله، فترجحت جهة الصدق في حق نفسه لعدم التهمة وكمال الولاية، بخلاف إقراره في حق غيره. قوله: (هو لغة) فإذا كان حسياً يقال أقره، وإذا كان قولياً يقال أقر به، فالإقرار إثبات لما كان متزلزلاً بين الجحود والثبوت. أبو السعود. وهو مشتق من القرار. درر.

قال في المنح: وهو في اللغة إفعال من قر الشيء إذا ثبت، وأقره غيره إذا أثبته. قوله: (وشرعا إخبار) أي في الأصح وليس بإنشاء لصحته في ملك غيره، ولو أقر مريض بماله لأجنبي صح من غير توقف على إجازة وارث. قال في الحواشي السعدية: ولعله ينتقض بالإقرار بأن لا حق له على فلان، وبالإبراء وإسقاط الدين ونحوه كإسقاط حق الشفعة اهـ.

وقد يقال: فيه إخبار بحق عليه وهو عدم وجوب المطالبة. تأمل. وللقول بأنه إنشاء فروع تشهد له: منها لو رد إقراره ثم قبل لا يصح، وكذا الملك الثابت بالإقرار لا يظهر في حق الزوائد المستهلكة فلا يملكها المقر له. حموي.

أقول: قوله: (لا يظهر في حق الزوائد المستهلكة يفيد بظاهره أنه يظهر في حق الزوائد الغير المستهلكة). وهو خلاف ما في الخانية: رجل في يده جارية وولدها أقر أن الجارية لفلان لا يدخل فيه الولد، ولو أقام بينة على جارية أنها له يستحق أولادها اهـ والفرق أنه بالبينة يستحقها من الأصل، ولهذا قلنا: إن الباعة يتراجعون فيما بينهم، بخلاف الإقرار حيث لا يتراجعون.

بقي أن يقال في قول السيد الحموي هو إخبار في الأصح وليس بإنشاء مخالفة لما صرح به في البحر وجرى عليه المصنف من أنه إخبار من وجه إنشاء من وجه فللأول يصح إقراره بمملوك الغير ويلزمه تسليمه إذا ملكه، ولو أقر بالطلاق والعتاق مكرهاً لا يصح، وللثاني لو رد إقراره ثم قبل لا يصح، وكذا الملك الثابت بالإقرار لا يظهر في حق الزوائد المستهلكة فلا يملكها المقر له اهـ من غير ذكر خلاف، ومنه تعلم أن ما ذكره السيد الحموي مما يدل على ثبوت الخلاف فيه حيث صحح كونه إخبار الإنشاء لا يصح عزوه لصاحب البحر كما وقع في كلام بعضهم، فتنبه. قوله: (بحق عليه للغير) قيد بأن

بحق عليه) الغير (من وجه إنشاء من وجه) قيد بعليه،

يكون عليه، لأنه لو كان على غيره لغيره يكون شهادة ولنفسه يكون دعوى زيلعي، وأطلق الحق في قوله هو إخبار بحق عليه ليشمل ما لو كان الحق المقر به من قبيل الإسقاطات كالطلاق والعتاق، إذا الطلاق رفع القيد الثابت شرعاً بالنكاح، فإذا أقر بالطلاق يثبت للمرأة من الحق ما لم يكن لها من قبل، وكذا العبد يثبت له على سيده حق الحرية إذا أقر سيده بعتقه، فما قيل من أنه يرد على التعريف الإقرار بالإسقاطات كالطلاق والعتاق لعدم الإخبار فيها من ثبوت حق للغير غير سديد. قوله: (إنشاء من وجه) هو الصحيح، وقيل: إنشاء وينبني عليه ما سيأتي لكن المذكور في غاية البيان عن الأستروشنية. قال الحلواني: اختلف المشايخ في أن الإقرار سبب للملك أو لا؟ قال ابن الفضل: لا، ويستدل بمسألتين.

إحداهما المريض الذي عليه دين إذا أقر بجميع ماله لأجنبي يصح بلا إجازة الوارث، ولو كان تمليكاً لا ينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم الإجازة.

والثانية أن العبد المأذون إذا أقر لرجل بعين في يده يصح، ولو كان تمليكاً يكون تبرعاً منه فلا يصح. وذكر الجرجاني أنه تمليك واستدل بمسائل: منها إن أقر لوارثه بدين في المرض لا يصح، ولو كان إخباراً لصح اهـ ملخصاً. فظاهر أن ما ذكره المصنف وصاحب البحر جمع بين الطريقتين وكأن وجهه ثبوت ما استدل به الفريقان. تأمل. أفاده سيدي الوالد رحمه الله تعالى. لكن لو كان إخباراً من وجه وإنشاء من وجه كما ذكره المصنف لعرفه بحد يشملهما ولا قائل به، ولأنهم قالوا: لو أقر بمال للغير لزمه تسليمه للمقر له إذا ملكه، ولو أقر بالطلاق والعتاق الخ فأمثال هذه المسائل دلت على أن الإقرار إخبار لا إنشاء. إذ لو كان إنشاء لم تكن كذلك، وما استدل به على كونه إنشاء مطلقاً أو من وجه أنه لو أقر لرجل فرد إقراره ثم قبل لم يصح ولو كان إخباراً لصح، وأنه لو ثبت الملك بسبب الإقرار لم يظهر في حق الزوائد المتقدم ذكرها، ولو كان إخباراً لصارت مضمونة عليه.

أقول: أما الجواب عن الأول فهو أن ارتداده بالرد ناشيء من أن حكمه الظهور لا الثبوت ابتداء وذلك ناشيء من كونه حجة قاصرة، فلما صار مرتداً بالرد جعل كأنه لم يكن فلذلك لم يصح قبوله بعده. على أن هذا الدليل مشترك الإلزام حيث إنه دليل على أنه ليس بإنشاء، لأن الإنشاء مما لا يرتد بالرد فيما يكون من قبيل الإسقاطات، كما لو قال هذا الولد مني يرتد برد الولد فهنا دليل على أن الإقرار إخبار ثم عاد الولد إلى التصديق يثبت النسب نظراً إلى احتياج المحل، وقد سبق.

لأنه لو كان لنفسه يكون دعوى لا إقرار.

ثم فرع على كل من الشبهين فقال: (فـ) لوجه (الأول) وهو الإخبار (صح إقراره بمال مملوك للغير) ومتى أقر بملك الغير (يلزمه تسليمه إلى المقر له

وأما الجواب عن الثاني: أن الإقرار لما كان حجة قاصرة اقتصر ثبوت الملك وظهوره على المقر به فلم يتعد إلى الزوائد المستهلكة كما مر ويأتي، فتبين أنه ليس بإنشاء أصلاً. تمير. قوله: (لأنه لو كان لنفسه) أي على الغير، ولو للغير على الغير يكون شهادة كما قدمناه. قوله: (لا إقرار) ولا ينتقض بإقرار الوكيل والولي ونحوهما لنيابتهم مناب المنوبات شرعاً. شرح الملتقى. قوله: (ثم فرع على كل من الشبهين) صوابه «من الوجهين» لأنه لم يقل الإقرار يشبه الإخبار ويشبهه الإنشاء، بل قال من وجه ومن وجه: أي إخبار من وجه بالنظر لترتب بعض أحكام الإخبارات عليه، وإنشاء من وجه من حيث ترتب بعض أحكام الإنشاءات عليه، وقد تبع الشارح المصنف فالمعنى أنه يعطى حكم الإخبار في بعض الجزئيات وحكم الإنشاء في بعض آخر، وأما بالنظر للفظه فهو إخبار عن ثبوت حق عليه لغيره لا غير. قوله: (فللوجه إلخ) علة مقدمة على المعلول. قوله: (صح إقراره) لأن الإخبار في ملك الغير صحيح لكن بالنظر للمقر، وأفاد أنه لا يحتاج إلى القبول كما قدمناه.

وفي المنح عن تتمة الفتاوى: الإقرار يصح من غير قبول، لكن البطلان يقف على الإبطال والملك للمقر له يثبت من غير تصديق وقبول لكن يبطل برده، والمقر له إذا صدق المقر في الإقرار ثم رده لا يصح الرد، وأفاد أيضاً صحة الإقرار للغائب. وأيضاً يستفاد هنا مما سيأتي من قوله هي: أي الألف المعينة لفلان لا بل لفلان لا يجب عليه للثاني شيء: أي لأنه أقر بها للأول ثم رجع وشهد بها للثاني فرجوعه لا يصح وشهادته لا تقبل، وبهذا تبين ضعف ما في الخانية من قوله لو أقر لغائب ثم أقر لآخر قبل حضور الغائب صح إقراره للثاني، لأن الإقرار للغائب لا يلزم بل يتوقف على التصديق انتهى.

ويمكن أن يقال: معنى صحته للثاني ليست لاحتياجه للتصديق وإنما لأجل أنه يرتد بالرد، فأفاد في الخانية أنه يأخذه الثاني، فإذا جاء الأول وصادق قبل رده الإقرار يأخذه، وإن قال ليس لي يكون ملكاً للثاني، ولكن أفاد في البدائع أنه إن دفع للأول بلا قضاء يضمن للثاني لأن إقراره بها صحيح في حق الثاني إنما لم يصح للأول اهـ. وأنت خبير بأن هذا التعليل ربما يرد عليه، وحينئذ فتعليل المنح ظاهر وهو الموافق لظواهر الكتب المعتمدة.

. . . .

وفي المنح في مسائل شتى فسر الرد بأن يقول: ما كان لي عليك شيء أو يقول بل هو لك أو لفلان.

قال العلامة الخير الرملي: قولهم الإقرار صحيح بدون التصديق لا يعارض قول العمادي إن إقراره للغائب توقف عمله على تصديق الغائب، إذ لا مانع من توقف العمل مع الصحة كبيع الفضولي يصح ويتوقف؛ وكذا لا يعارض ما في الخانية من قوله: وأما الإقرار للغائب لا يلزم بل يتوقف على التصديق، إذ معناه يتوقف لزومه لا صحته، وقوله: فإن كان صحيحاً يمتنع الإقرار به للغير غير مسلم لعدم الملازمة؛ ألا ترى أن للفضولي قبل إجازة المالك أن يبيع المبيع الذي باعه الآخر ويتوقف فلم يلزم من صحته عدم صحة بيعه للآخر، بل الإقرار بمال الغير يصح ويلزم تسليمه إذا ملكه، وهذا يدل على أن الإقرار ليس بسبب للملك كما سيأتي فكيف يلزم من صحة إقراره لغائب لا يلزمه ذلك حتى كان له الرد عدم صحة الإقرار به للغير.

والحاصل: أن الإقرار يصح مطلقاً بلا قبول ولا يلزم لو كان المقر له غائباً ولعدم لزومه جاز أن يقر به لغيره قبل حضوره فاجتمعت كلمتهم على أن القبول ليس من شرط صحة الإقرار، وأما لزومه فشيء آخر، والمصنف لم يفرق بين الصحة واللزوم فاستشكل في منحه على الصحة المجتمعة عليها كلمتهم باللزوم. وأما ما أجاب به المجيب المذكور ففيه نظر، إذ لو كان كما فهمه لما افترق الإقرار للحاضر والغائب مع أن بينهما فرقاً في الحكم؛ ألا ترى إلى قوله في الخانية: ولو أقر لولده الكبير الغائب أو أجنبي بعد قوله وأما الإقرار للغائب لا يلزم، فالذي يظهر أن الإقرار للغائب لا يلزم من جانب المقر حتى صح إقراره لغيره كما لا يلزم من جانب المقر له حتى رده. وأما الإقرار للحاضر فيلزم من جانب المقر حتى لا يصح إقراره به لغيره قبل رده ولا يلزم من جانب المقر له فيصح رده. وأما الصحة فلا شبهة فيها في الجانبين بدون القبول كما يفهم من كلامهم انتهى.

وفيه: ويشكل على ما في الفصول العمادية من قوله: وإن ادعى الرجل عيناً في يد رجل وأراد استحلافه فقال صاحب اليد هذه العين لفلان الغائب لا يندفع اليمين عنه ما لم يقم البينة على ذلك، بخلاف ما إذا قال هذا لابني الصغير. والفرق أن إقراره للغائب توقف عمله على تصديق الغائب فلا يكون العين مملوكاً له بمجرد إقرار ذي اليد فلا يندفع اليمين وأما إقراره للصبي فلا يتوقف على تصديق الصبي فيصير العين ملكاً للصبي بمجرد إقراره فلا يصح إقراره بعد ذلك لغيره فلا يفيد التحليف لأن فائدته النكول الذي هو كالإقرار.

أقول: لا يشكل ذلك، فإن قوله توقف عمله صريح في صحته ولكن لما توقف عمله وهو اللزوم على تصديقه لم تندفع اليمين بمجرده ما لم يقم البينة عليه. تأمل. قوله:

إلا ملكه) برهة من الزمان لنفاذه على نفسه، ولو كان إنشاء لما صح لعدم وجود الملك.

وفي الأشباه: أقر بحرية عبد ثم شراه عتق عليه ولا يرجع بالثمن أو بوقفية دار ثم شراها أو ورثها صارت وقفاً مؤاخذة له بزعمه **(ولا يصح إقراره بطلاق وعتاق مكرهاً)** ولو كان إنشاء نصح لعدم التخلف.

(وصح إقرار العبد المأذون بعين في يده والمسلم بخمر وبنصف داره مشاعاً والمرأة بالزوجية من غير شهود) ولو كان إنشاء لما صح

(إلا ملكه برهة من الزمان) أي قليلاً من الزمان؛ حتى لو تصرف فيه لغير المقر له بعد ملكه لا ينفذ تصرفه وينتقض لتصرفه في ملك غيره كما يؤخذ من القواعد.

ويؤخذ من هذا الفرع كما قال أبو السعود: أنه لو ادعى شخص عيناً في يد غيره فشهد له بها شخص فردت شهادته لتهمة ونحوها كتفرد الشاهد ثم ملكها الشاهد يؤمر بتسليمها إلى المدعي انتهى. قوله: **(لما صح)** أي إقراره للغير: أي ولو ملكه بعد. قوله: **(ولا يرجع بالثمن)** على البائع: أي لاقتصار إقراره عليه فلا يتعدى لغيره. قوله: **(صارت وقفاً)** بخلاف ما إذا غصب داراً من رجل فوقفها ثم اشتراها حيث لا يجوز وقفه. والفرق أن نص الغاصب إنشاء في غير ملكه فلا يصح، لأن شرط صحته ملكه له، بخلاف الإقرار لكونه إخباراً لا إنشاء. قوله: **(مكرهاً)** حال من الضمير المضاف إليه الإقرار، وإنما لا يصح إقراره بها مكرهاً لقيام دليل الكذب وهو الإكراه والإقرار إخبار يحتمل الصدق والكذب فيجوز تخلف مدلوله الوضعي عنه. منح. قوله: **(ولو كان إنشاء لصح لعدم التخلف)** أي تخلف مدلول الإنشاء عنه، أي لأنه يمتنع في الإنشاء تخلف مدلول لفظه الوضعي عنه: أي متى وجد اللفظ الدال على إنشاء الطلاق أو العتاق سواء وجد مدلوله في حال الطواعية أو الإكراه وهذا مخصوص فيما يصح مع الإكراه، بخلاف ما لا يصح معه كالبيع فإنه يتخلف مدلوله عنه مع الإكراه: أي وهو إثبات الملك غير مستحق الفسخ. قوله: **(وصح إقرار العبد المأذون بعين في يده)** ولو كان إنشاء لا يصح، لأنه يصير تبرعاً منه وهو ليس أهلاً له. قوله: **(والمسلم بخمر)** حتى يؤمر بالتسليم إليه، ولو كان تمليكاً مبتدأ لما صح كما في الدرر. وفيه إشارة إلى أن الخمر قائمة لا مستهلكة إذ لا يجب بدلها للمسلم، نص عليه في المحيط كما في الشرنبلالية. قوله: **(وبنصف داره مشاعاً)** أي الدار القابلة للقسمة فإنه يصح الإقرار بها لكونه إخباراً، ولو كان إنشاء لكان هبة، وهبة المشاع القابل للقسمة لا تتم، ولو قبض بخلاف ما لا يقسم كبيت وحمام صغيرين فإنها تصح فيه وتتم بالقبض. قوله: **(والمرأة بالزوجية من غير شهود)** لأنه إخبار عن عقد سابق، ولو كان إنشاء لما صح إقرارها بالزوجية من غير شهود؛ لأن إنشاء عقد

(ولا تسمع دعواه عليه) بأنه أقرّ له (بشيء) معين (بناء على الإقرار) له يملك، به يفتى، لأنه إخبار يحتمل الكذب، حتى لو أقر كاذباً لم يحل له لأن الإقرار ليس سبباً للملك. نعم لو سلمه برضاه كان ابتداء هبة وهو الأوجه. بزازية (إلا أن يقول) في دعواه (هو ملكي) وأقر لي به أو يقول لي عليه كذا وهكذا أقر به فتسمع إجماعاً، لأنه لم يجعل الإقرار سبباً للوجوب، ثم لو أنكر الإقرار هل يحلف؟ الفتوى أنه لا يحلف على الإقرار بل على المال،

النكاح يشترط لصحته حضورهم كما مر في بابه. قوله: (ولا تسمع دعواه عليه بأنه أقر له بشيء معين بناء على الإقرار له بالملك) يعني إذا ادعى عليه شيئاً لما أنه أقر له به لا تسمع دعواه، لأن الإقرار إخبار لا سبب للزوم المقرّ به على المقر، وقد علل وجوب المدعي به على المقر بالإقرار، وكأنه قال أطالبه بما لا سبب لوجوبه عليه أو لزومه بإقراره وهذا كلام باطل. منح. وبه ظهر أن الدعوى بالشيء المعين بناء عن الإقرار كما هو صريح المتن لا بالإقرار بناء على الإقرار، قوله «بأنه أقر له» لا محل له، وفي إقحامه ركاكة. تأمل. قوله: (به يفتى) مقابله أنها تسمع كما في جامع الفصولين.

وحاصله: أن الإقرار هل هو باق في الشرع أو هو إنشاء في المعنى فيكون سبباً لذلك، فمن جعله إنشاء سوغ هذه الدعوى، ومن جعله باقياً على معناه الأصلي لم يجوز سماعها، وعليه الجمهور وجميع المتأخرين، وهو الصحيح المعول عليه كما في الخلاصة. قوله: (لأنه إخبار) أي لا سبب للزوم المقر به على المقر، وهو قد جعل سبب وجوب المدعي به على المقر الإقرار فكأنه قال أطالبه بلا سبب لوجوبه عليه أو لزومه بإقراره، وهذا باطل لما علم من كلام مشايخنا. قوله: (لم يحل له) أي للمقر له: أي لا يجوز له أخذه جبراً ديانة كإقراره لامرأته بجميع ما في منزله وليس لها عليه شيء اهـ. بحر: أي ولو كان إنشاء يحل أخذه كما في الدرر، وما نقله في القنية عن بعض المشايخ من أن الإقرار كاذباً يكون ناقلاً للملك فخلاف المعتمد الصحيح من المذهب الذي إليه يذهب. قوله: (نعم لو سلمه برضاه كان ابتداء هبة وهو الأوجه) هذا ظاهر إذا تعمد الكذب. أما إذا كان يظن أنه واجب عليه بعين الإفتاء بعدم الحل.

فرع: الإبراء والإقرار لا يحتاجان إلى القبول. أفاده السائحاني. قوله: (أو يقول لي عليه كذا وهكذا أقر به) أي إنه لي عليه

وفي شرح تحفة الأقران: وأجمعوا أنه لو قال هذا العين ملكي وهكذا أقر به المدعى عليه يقبل. قوله: (ثم لو أنكر الإقرار) أي وقد ادعى ما أقر به لكونه ملكه ولم يبن على مجرد إقراره لما تقدم. قوله: (الفتوى أنه لا يحلف على الإقرار بل على المال) قال ابن الغرس: ثم لا يجوز أن يحلف أنه ما أقر به قولاً واحداً، لأن الصحيح أن الإقرار ليس

وأما دعوى الإقرار في الدفع فتسمع عند العامة (ولو) وجه (الثاني) وهو الإنشاء (لو ردّ) المقر له (إقراره ثم قبل لا يصح) ولو كان إخبارا تصح وأما بعد القبول فلا يرتد

بسبب للملك، وقد علمت الحكم في الأسباب الشرعية المتفق على سببيتها وأن الصحيح أنه لا يحلف عليها تكيف الحال فيما سببيته قول مرجوح ا هـ. وقيل يحلف بناء على أنه إنشاء ملك. قوله: (وأما دعوى الإقرار في الدفع) بأن أقام المدعى عليه بينة أن المدعي أقر أنه لا حق له قبل المدعى عليه، أو أقام المدعى عليه بينة أن المدعي أقر أن هذه العين ملك المدعى عليه فتسمع، وأما دعوى الإقرار بالاستيفاء فقيل لا تسمع لأنه دعوى الإقرار في طرف الاستحقاق، إذ الدين يقضى بمثله.

ففي الحاصل: هذا دعوى الدين لنفسه فكان دعوى الإقرار في طرف الاستحقاق، فلا تسمع. جامع الفصولين معزياً للمحيط والذخيرة. ومثله في البزازية لكن زاد فيها: وقيل: يسمع لأنه في الحاصل يدفع أداء الدين عن نفسه، فكان في طرف الدفع. ذكره في المحيط. وذكر شيخ الإسلام برهن المطلوب على إقرار المدعي بأنه لا حق له في المدعي، أو بأنه ليس بملك له أو ما كانت ملكاً له يندفع الدعوى إن لم يقر به لإنسان معروف، وكذا لو ادعاه بالإرث، فبرهن المطلوب على إقرار المورث بما ذكرنا، وتمامه فيها. قوله: (فتسمع عند العامة) كما في الدرر وشرح أدب القاضي والخانية، وهذا مقابل قول المصنف ولا تسمع دعواه عليه. قوله: (لا يصح) هذا في الإقرار بما يرتد، أما فيما لا يرتد بالرد كالرق والنسب، فإنه لو أقر به ثم ادعاه المقر له بعد رده يقبل حموي والعقود اللازمة مثل النكاح مما لا يرتد بالرد، فلو قال لها تزوجتك أمس فقالت لا ثم قالت بلى وقال هو لا لزمه النكاح، لأن إقراره لم يبطل، إذ النكاح عقد لازم لا يبطل بمجرد جحود أحد الزوجين، فيصح بتصديقها بعد التكذيب فيثبت، ولا يعتبر إنكاره بعد ا هـ.

سري الدين ملخصاً ط.

قال السيد الحموي قوله «لا يصح» محله فيما إذا كان الحق فيه لواحد مثل الهبة والصدقة، أما إذا كان لهما مثل الشراء والنكاح فلا، وهو إطلاق في محل التقييد، ويجب أن يقيد أيضاً بما إذا لم يكن المقر مقصراً على إقراره لما سيأتي من أنه لا شيء له إلا أن يعود إلى تصديقه وهو مصر ا هـ.

وفي الخلاصة: لو قال لآخر كنت بعتك العبد بألف فقال الآخر لم أشتره منك فسكت البائع حتى قال المشتري في المجلس أو بعده بل اشتريته منك بألف فهو جائز، وكذا النكاح، وكل شيء يكون لهما جميعاً فيه حق؛ وكل شيء يكون الحق فيه لواحد مثل الهبة والصدقة لا ينفعه إقراره بعد ذلك. قوله: (وأما بعد القبول فلا يرتد بالرد) يعني لأنه صار ملكه وتفي المالك ملكه عن نفسه عند عدم التنازع لا يصح. نعم لو

فلا يملكها المقر له) ولو إخباراً لملكها.

(أقر حر مكلف)

بالمستهلكة عن الهالكة بنفسها لأنها غير مضمونة مطلقاً لأنها كزوائد المغصوب. تأمل.
قوله: (فلا يملكها المقر له ولو إخباراً لملكها) قال في نور العين: شرى أمة فولدت عنده لا باستيلاده، ثم استحقت ببينة يتبعها ولدها، ولو أقر بها لرجل لا، والفرق أن البينة تستحقها من الأصل، ولذا قلنا: إن الباعة يتراجعون فيما بينهم، بخلاف الإقرار حيث لا يتراجعون فيه. ثم الحكم بأمة حكم بولدها وكذا الحيوان، إذ الحكم حجة كاملة، بخلاف الإقرار فإنه لم يتناول الولد لأنه حجة ناقصة، وهذا لو الولد بيد المدعى عليه فلو في يد آخر هل يدخل في الحكم؟ اختلف المشايخ اهـ.

فهذه عبارة تفهم من كلام المصنف، وينبغي أن تكون هذه التفريعات كلها جامعاً بين قول من قال إن الإقرار إخبار بحق لآخر لا إثبات، وهو قول محمد بن الفضل والقاضي أبي حازم، وقول من قال: إنه تمليك في الحال، وهو أبو عبد الله الجرجاني. قاله في الشرنبلالية. وذكر استشهاد كل على ما قال بمسائل ذكرت في الفصل الخامس من الأسروشنية.

والحاصل أن الإقرار هل هو إخبار بحق لآخر أم تمليك في الحال على ما قدمناه من الخلاف؟ وقد علمت أن الأكثر على الأول الذي عليه المعول، وقد ذكروا لكل مسائل تدل على ما قاله، والله تعالى أعلم بحقيقة الحال. قوله: (أقر حر مكلف) أي بالغ عاقل، درر. قيد بالحر لأن العبد المحجور عليه يتأخر إقراره بالمال إلى ما بعد العتق، وكذا المأذون له يتأخر إقراره بما ليس من باب التجارة كما قدمناه. وكذا إذا أقر بجناية موجبة للمال لا يلزمه لأن الإذن لم يتناول إلا التجارة، بخلاف ما إذا أقر بالحدود والقصاص، لأن العبد مبقى على أصل الحرية في حقهما. زيلعي. قوله: (مكلف) شرط التكليف لأن إقرار الصبي والمعتوه والمجنون لا يصح لانعدام أهلية الالتزام، إلا إذا كان الصبي مأذوناً له فيصح إقراره بالمال لكونه من ضرورات التجارة، لأنه لو لم يصح إقراره لا يعامله أحد، فيدخل في الإذن كل ما كان طريقه التجارة كالديون والودائع والعواري والمضاربات والغصوب فيصح إقراره بها لالتحاقه في حقها بالبالغ العاقل، لأن الإذن يدل على عقله، بخلاف ما ليس من باب التجارة كالمهر والجناية والكفالة حيث لا يصح إقراره بها، لأن التجارة مبادلة المال بالمال والمهر مبادلة مال بغير مال، والجناية ليست بمبادلة، والكفالة تبرع ابتداء فلا تدخل تحت الإذن، والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم التمييز، وإقرار السكران جائز إذا سكر بمحظور، لأنه لا ينافي الخطاب إلا إذا أقر بما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة، وإن سكر بمباح كالشرب مكرهاً لا يلزمه شيء. زيلعي. والردة

يقظان طائعاً (أو عبد) أو صبي معتوه (مأذون) لهم إن أقروا بتجارة كإقرار محجور بحد وقود وإلا فبعد عتقه ونائم ومغمى عليه كمجنون، وسيجيء السكران ومر المكره (بحق معلوم أو مجهول صح) لأن جهالة المقر به لا تضر إلا إذا بين سبباً تضره الجهالة كبيع وإجارة.

وأما جهالة المقر فتضر كقوله لك على أحدنا ألف درهم لجهالة المقضي عليه،

كالحدود الخالصة. حموي. قوله: (يقظان) أخرج به النائم فلا يؤاخذ بما أقر به في النوم لارتفاع الأحكام عنه. قوله: (طائعاً) أخرج به المكره فلا يصح إقراره، ولو بطلاق وعتاق كما تقدم، أما طلاقه وعتاقه فيقعان. قوله: (إن أقروا بتجارة) أي بمال فيصح، وجوابه قول المصنف الآتي صح أي صح للحال. قوله: (كإقرار محجور) أي عبد لأنه مبني على أصل الحرية في الحدود والقصاص ولأنه غير متهم بهذا الإقرار لأن ما يدخل عليه بهذا الإقرار من المضرة أعظم مما يدخل على مولاه، وليس هو عائداً إلى الصبي والمعتوه فإنه لا حد عليهما، ولا قود لأن عمد الصبي خطأ والمعتوه كالصبي، ويدل على تخصيصه بالعبد قول الشارح وإلا فبعد عتقه أي إلا يكن إقرار العبد المحجور بحد أو قود بل بمال، فإنه لا ينفذ عليه في الحال لأنه وما في يده لمولاه والإقرار حجة قاصرة لا تتعدى لغير المقر، فلا ينفذ على مولاه فإن عتق سقط حق المولى عنه فنفذ إقراره على نفسه، والأولى أن يعبر بدل المحجور بالعبد وأن يؤخره بعد قوله «الآتي صح». قوله: (بحد وقود) أي مما لا تهمة فيه كما ذكرنا فيصح للحال. قوله: (وإلا) أي بأن كان مما فيه تهمة. قوله: (فبعد عتقه) أي فتتأخر المؤاخذة به إلى عتقه، وكذا المأذون رعاية لحق المولى. عيني. قوله: (ونائم) قصد بهذا كالذي قبله وبعده بيان المحترزات. قوله: (أو مجهول) إنما صح الإقرار به لأن الحق قد يلزمه مجهولاً بأن أتلف مالاً لا يدري قيمته أو جرح جراحة لا يعلم أرشها، والضمير في صح يرجع للإقرار المعلوم من أقر. قوله: (لأن جهالة المقر به لا تضر) كما إذا أقر أنه غصب من رجل مالاً مجهولاً في كيس أو أودعه مالاً في كيس صح الغصب والوديعة، وثبت حكمهما لأن الحق قد يلزمه مجهولاً الخ. قوله: (إلا إذا بين سبباً تضره الجهالة كبيع) أي لو قال له سهم من داري غير معين ولا معلوم مقداره، لأني قد كنت بعته ذلك لا يصح لأن البيع المجهول فاسد، وكذا لو كان الإقرار بإجارة كذلك.

واعلم أن المقر بالمجهول تارة يطلق، وتارة يبين سبباً لا تضره الجهالة كالغصب والجناية، وتارة يبين سبباً تضره الجهالة، فالأول يصح ويحمل على أن المقر به لزمه بسبب لا تضره الجهالة، والثاني ظاهر، والثالث لا يصح الإقرار به كالبيع والإجارة؛ فإن من أقر أنه باع من فلان شيئاً أو آجر من فلان شيئاً أو اشترى من فلان كذا بشيء لا يصح إقراره، ولا يجبر المقر على تسليم شيء. أفاده في الدرر والشرنبلالية. قوله: (كقوله لك على أحدنا ألف)

إلا إذا جمع بين نفسه وعبده فيصح، وكذا تضر جهالة المقر له إن فحشت كالواحد من الناس عليّ كذا وإلا لا، كلأحد هذين عليّ كذا فيصح ولا يجبر على البيان

ظاهره أن القائل واحد من جماعة ولو يحصون، وصدوره من أحدهم لا يعين أنه هو المطالب، وأنه لا يجبر المتكلم على البيان. قوله: (إلا إذا جمع بين نفسه وعبده فيصح) هذا في حكم المعلوم، لأن ما على عبده يرجع إليه في المعنى لكن إنما يظهر هذا فيما يلزمه في الحال، أما ما يلزمه بعد الحرية فهو كالأجنبي فيه، فإذا جمعه مع نفسه كان كقوله لك عليّ أو على زيد وهو مجهول لا يصح. حموي. قال في الأشباه: إلا في مسألتين، فلا يصح: الأولى أن يكون العبد مديوناً، الثانية أن يكون مكاتباً، فافهم. قوله: (وكذا تضر جهالة المقر له) أي فتبطل فائدة الإقرار لعدم اعتباره. قوله: (وإلا لا) أي لا تضر الجهالة إن لم تتفاحش على ما ذكر شيخ الإسلام في مبسوطه والناطفي في واقعاته، وسوّى شمس الأئمة بين المتفاحشة وغيرها في عدم الاعتبار، لأن المجهول لا يصلح مستحقاً إذ لا يمكنه جبره على البيان من غير تعيين المدعي فلا يفيد فائدته كما في النهر.

قال الحموي: أقول: مثل شراح الهداية وغيرها للفاحشة بأن قال لواحد من الناس ولغير الفاحشة بأن قال لأحدكما ووقع تردد بدرس شيخ مشايخنا بين أهل الدرس: لو قال لأحدكم وهم ثلاثة أو أكثر محصورون هل هو من الثاني أو الأول؟ فمال بعضهم إلى أنه من قبيل غير الفاحشة، وانتصر له بما في الخانية لو قال من بايعك من هؤلاء وأشار إلى قوم معينين معدودين فأنا قيل بثمنه جاز اهـ. قال السائحاني: ويظهر لي أن التفاحش مائة.

أقول: لكن الذي يظهر لي أن الفاحش ما زاد على المائة أخذاً من قولهم في كتاب الشهادات من الباب الرابع فيمن تقبل شهادته من الهندية عن الخلاصة: شهادة الجند للأمير لا تقبل إن كانوا يحصون، وإن كانوا لا يحصون تقبل. نص في الصيرفية في حد الإحصاء مائة وما دونه، وما زاد عليه فهؤلاء لا يحصون. كذا في جواهر الإخلاطي، وقدمناه في الشهادات. قوله: (فيصح) لأن صاحب الحق لا يعدو من ذكره وفي مثله يؤمر بالتذكر، لأن المقرّ قد ينسى صاحب الحق. منح. وهذا قول الناطفي. وقال السرخسي إنها تضر أيضاً قوله: (ولا يجبر على البيان) أي إن فحشت أو لا زاد الزيلعي: ويؤمر بالتذكر لأن المقر قد ينسى صاحب الحق، وزاد في غاية البيان أنه يحلف لكل واحد منهما إذا ادعى. وفي التاترخانية: ولم يذكر أنه يستحلف لكل واحد منهما يميناً على حدة، بعضهم قالوا نعم، ويبدأ القاضي بيمين أيهما شاء أو يقرع، وإذا حلف لكل لا يخلو من ثلاثة أوجه: إن حلف لأحدهما فقط يقضي بالعبد للآخر فقط، وإن نكل لهما يقضي به وبقيمة الولد بينهما نصفين سواء نكل لهما جملة بأن حلفه القاضي لهما يميناً واحدة أو

لجهالة المدعي. بحر. ونقله في الدرر لكن باختصار مخل كما بينه عزمي زاده

على التعاقب بأن حلفه لكل على حدة، وإن حلف فقد برىء من دعوة كل، فإن أراد أن يصطلحا وأخذ العبد منه لهما ذلك في قول أبي يوسف الأول، وهو قول محمد كما قبل الحلف، ثم رجع أبو يوسف وقال: لا يجوز اصطلاحهما بعد الحلف، قالوا: ولا رواية عن أبي حنيفة اهـ.

أقول: والحاصل: أن قول الشارح ولا يجبر على البيان موافق لما في البحر والزيلعي والعيني وشرح السيد حموي، ويخالفه ما في الدرر عن الكافي حيث قال: وإن لم يفحش بأن أقر أنه غصب هذا العبد من هذا أو من هذا فإنه لا يصح عند شمس الأئمة السرخسي؛ لأنه إقرار للمجهول. وقيل يصح وهو الأصح لأنه يفيد وصول الحق إلى المستحق، لأنهما إذا اتفقا على أخذه فلهما حق الأخذ ويقال له: بين المجهول، لأن الإجمال من جهته كما لو أعتق أحد عبديه وإن لم يبين أجبره القاضي على البيان إيصالاً للحق إلى المستحق اهـ. وكلام الشرنبلالية يفيد موافقة ما في الدرر من أنه يجبر على البيان حيث قال: قوله كما لو أعتق أحد عبديه: يعني من غير تعيين، أما لو أعتق أحدهما بعينه، ثم نسيه لا يجبر على البيان كما في المحيط اهـ.

وأقول: قوله لأن الإجمال الخ هكذا في الهداية وعامة الشراح قاطبة ربطوا هذا الكلام على صحة الإقرار للمجهول، وصاحب الدرر ظن أنه مرتبط بالإقرار بالمجهول، وليس كذلك كما يظهر لمن نظر نظر التدبر في كلام صاحب الكافي أيضاً، وقد سبق أنه لا جبر على المقر لبيان المقر له عند كونه مجهولاً غير متفاحش، فاللائق عليه أن يأتي بهذا الكلام في شرح قوله «ولزمه بيان ما جهل».

أقول: وإنما يجبره القاضي على البيان فيما إذا أعتق أحد عبديه من غير تعيين، لأنه الظاهر من حال المقر هو العلم بالحق الذي أقر به، فيجب عليه البيان. لا يقال: إنه تقدم عند. قوله: (أو مجهول) أن المقر قد يتلف مالاً لا يدري قيمته أو يجرح جراحة لا يعلم أرشها. لأنا نقول: إن ذلك احتمال اعتبر هناك بتصحيح الإقرار بالمجهول، ولا يلزم من ذلك أن يسمع قوله لا أدري في جميع ما أقر به، بل على القاضي أن يعتمد على ظاهر الحال ولا يصدقه فيما هو محتمل. قوله: (لجهالة المدعي) أي فيهما، ولأنه قد يؤدي إلى إبطال الحق على المستحق، والقاضي إنما نصب لإيصال الحق إلى مستحقه لا لإبطاله اهـ. منح. قوله: (بحر) تتمة عبارته: ولكل منهما أن يحلفه. قوله: (ونقله في الدرر لكن باختصار مخل كما بينه عزمي زاده) ليس في كلامه اختصار مخل بل زيادة مضرة ذكرها في غير موضعها، وقد سمحت عبارته وصدرها، ولم يصح الإقرار للمجهول إذا فحشت جهالته بأن يقول هذا العبد لواحد من الناس، لأن المجهول لا يكون مستحقاً، وإن لم

(ولزمه بيان ما جهل)

تفحص إلى آخر ما قدمنا عنها. واعترضه عزمي زاده بأن قوله: ويقال له بين المجهول مرتبط بصحة الإقرار، مع جهالة المقر به لا بعدم الصحة في جهالة المقر له، ولا مساغ لحمله على ذلك لأنه علل المسألة بأنه إقرار للمجهول، ولا يفيد لأن فائدته الجبر على البيان، وصاحب الحق مجهول، وكان الواجب ذكر هذه المسألة في أثناء شرح قوله «أقر بمجهول صح» ليوافق كلامه كلامهم ومرامه مرامهم ا هـ.

وحاصله: أن ما ذكره صاحب الدرر من الجبر إنما هو فيما إذا جهل المقر به لا المقر له لقول الكافي لأنه إقرار للمجهول، وأنه لا يفيد لأن فائدته الجبر على البيان، ولا يجبر على البيان لأنه إنما يكون ذلك لصاحب الحق وهو مجهول.

فرع: لم يذكر الإقرار العام وذكره في البحر، وفي المنح: وصح الإقرار بالعام كما في يدي من قليل أو كثير أو عبد أو متاع أو جميع ما يعرف بي أو جميع ما ينسب إليّ لفلان وإن اختلفا في عين أنها كانت موجودة وقت الإقرار أو لا، فالقول قول المقر إلا أن يقيم المقر له البينة أنها كانت موجودة في يده وقته.

واعلم أن القبول ليس من شرط صحة الإقرار، لكنه يرتد برد المقر له. صرح في الخلاصة، وكثير من الكتب المعتمدة واستشكل المصنف بناء على هذا قول العمادي وقاضيخان: الإقرار للغائب يتوقف على التصديق. ثم أجاب عنه وبحث في الجواب الرملي ثم أجاب عن الإشكال بما حاصله: أن اللزوم غير الصحة، ولا مانع من توقف العمل مع صحته كبيع الفضولي، فالمتوقف لزومه لا صحته، فالإقرار للغائب لا يلزم حتى صح إقراره لغيره كما لا يلزم من جانب المقر له حتى صح رده، وأما الإقرار للحاضر فيلزم من جانب المقر حتى لا يصح إقراره لغيره به قبل رده، ولا يلزم من جانب المقر له فيصح رده، وأما الصحة فلا شبهة فيها من الجانبين بدون القبول وقدمنا شيئاً من ذلك فارجع إليه. قوله: **(ولزمه بيان ما جهل)** أي يجبر عليه إذا امتنع كما في الشمني، لأنه لزمه الخروج عما يجب عليه بالإقرار، لأن كثيراً من الأسباب تتحقق مع الجهالة كالغصب والوديعة، لأن الإنسان يغصب ما يصادف ويودع ما عنده من غير تحرير في قدره وجنسه ووصفه فيحمل عليه، حتى لو فسره بالبيع أو الإجارة لا يصح إقراره، لأن هذه العقود لا تصح مع الجهالة فلا يجبر على البيان. زيلعي.

قال العلامة الخير الرملي: أقول به استخرجت جواب حادثة الفتوى: كرم وقف استهلك العامل عليه حصة الوقف مدة سنين أو مات العامل وأقر ورثته باستهلاك ثمرته في السنين المعينة إقراراً مجهولاً في الغلة.

كشيء وحق (يقضي قيمة) كفلس وجوزة لا بما لا قيمة له كحبة حنطة وجلد ميتة

فأجيب: بأنهم يجبرون على البيان والقول لهم مع الحلف إلا أن يقيم المقر له بينة بأكثر، فتأمل اهـ.

وقال أيضاً: ذكر صاحب البحر في البيع في شرح قوله: وإن اختلفت النقود فسد البيع، لو أقر بعشرة دنانير حمر وفي البلد نقود مختلفة حمر لا يصح بلا بيان، بخلاف البيع فإنه ينصرف إلى الأروج اهـ. ولا ريب أن معنى قوله: لا يصح بلا بيان: أي لا يثبت به شيء بلا بيان، بخلاف البيع فإنه يثبت الأروج بدون بيان، إذ صحة الإقرار بالمجهول مقررة وعليه البيان. تأمل. وفي المقدسي: ولو بين الغصب في عقار أو خمر مسلم صح لأنه مال، فإن قيل الغصب أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده، وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم. وأجيب: بأن ذلك حقيقة وقد تترك بدلالة العادة وفي غير مطلوب سواء عين في هذه البلدة أو غيرها، ولو قال: الدار التي في يد فلان صح بيانه، ولا تؤخذ من يده ولا يضمن المقر شيئاً لأنه أقر بغصبها وهي لا تضمن بالغصب اهـ.

أقول: وإنما يلزمه بيان ما جهل، هذا إذا لم يكن الحكم عليه من الخارج، أما إذا أمكن فلا ويحكم عليه بالمتيقن؛ ألا يرى أنه لو قال: لا أدري له عليّ سدس أو ربع فإنه يلزم الأقل. وسيأتي ما يوضح ما ظهر لي. وفي المقدسي: له عليّ عبد أو قال له شرك فيه: أوجب أبو يوسف قيمة وسط في الأول والشطر في الثاني، ومحمد البيان فيهما، ولو قال له عشرة دراهم ودانق أو قيراط فهما من الدراهم. وفي الخانية: له عليّ ثوب أو عبد صح ويقضي بقيمة وسط عند أبي يوسف. وقال محمد: القول له في القيمة. وفي الأشباه: الإقرار بالمجهول صحيح، واعترضه الحموي بما في الملتقط: إذا قال عليّ دابة أو شاة: قال أبو يوسف: يلزمه الضمان بقيمة المقر به والقول قوله. وقال بشر: تجب الشاة اهـ. ويمكن الجواب بمشي الأشباه على قول الإمام والخانية والملتقط على قول غيره، ولعل المراد بالوسط أو القيمة من أقل المقر به لأنه مقر بأحدهما المبهم إلا بالاثنين، ويحتمل فحلف بشر لفظي. كذا بخط العلامة السائحاني. قوله: (كشيء وحق) بأن قال عليّ لفلان شيء أو حق، لأن الحق قد يلزم مجهولاً بأن يتلف مالاً أو يجرح جراحة أو يبقى عليه باقية حساب لا يعرف قيمتها ولا أرشها ولا قدرها كما في العيني، ولو قال في قوله: عليّ حق أردت به حق الإسلام لم يصدق مطلقاً، سواء قاله موصولاً أو مفصولاً، وهو ظاهر كلام الزيلعي والعيني والكفاية لأنه خلاف العرف، فإذا بين بغير ذلك كان رجوعاً فلا يصح وعليه المعول كما في التبيين.

وفي تكملة قاضي زاده: أنه إذا وصله صدق وإن فصله لا يصدق، وعليه مشى في

وصبيٍّ حرّ لأنه رجوع فلا يصح (والقول للمقر مع حلفه) لأنه المنكر (إن ادعى المقر له أكثر منه) ولا بينة (ولا يصدق في أقل من درهم في عليّ مال ومن النصاب) أي نصاب الزكاة في الأصح اختيار. وقيل: إن المقر فقيراً فنصاب السرقة وصحح (في مال عظيم)

التاترخانية، ونقله الحموي، وكذا نقله صاحب الكفاية عن المحيط والمستزاد كما في الشلبي.

قال السيد الحموي: يعني لو مات قبل البيان توقف فيه الشيخ الحانوتي. قال العلامة الشرنبلالي: وينبغي أن يرجع فيه للورثة ا هـ. وفيه أن الوارث إذا كان لا يعلم كيف يرجع إليه ليحرر بالنقل. وفيه أن الوارث قد يعلم فالرجوع إليه لاستكشاف ما عنده، فإن علمه وافق علم به. قال العلامة المقدسي: ينبغي أن يصدق في حق الشفعة أو التطرق ونحوه ا هـ. قوله: (والقول للمقر مع حلفه لأنه المنكر) ولأنه لما كذبه فيما بين وادعى شيئاً آخر بطل إقراره بتكذيبه وكان القول للمقر فيما ادعى عليه ا هـ. قوله: (ولا يصدق في أقل من درهم في عليّ مال) لأن ما دونه من الكسور لا يطلق عليه اسم المال عادة وهو المعتبر. زيلعي، ومثله في الهندية. وهذا استحسان. وفي القياس يصدق في القليل والكثير كما قال القدوري.

قال ط: وظاهر البحر أنه يلزمه درهم، ولا يجبر على البيان، وعبارته: ولو قال لفلان عليّ دار أو عبد لا يلزمه شيء، أو مال قليل أو درهم عظيم أو درهم لزمه درهم. قوله: (ومن النصاب) معطوف على قوله: «من درهم» وكذا المعطوفات بعده. قوله: (أي نصاب الزكاة) لأنه عظيم في الشرع حتى اعتبر صاحبه غنياً وأوجب عليه مواساة الفقراء، وفي العرف حتى يعد من الأغنياء عادة. منح. قوله: (وقيل إن المقر فقيراً الخ) قال في الفتح: والأصح أنه على قوله مبني على حال المقر في الفقر والغنى، فإن القليل عند الفقير عظيم، وأضعاف ذلك عند الغني ليس بعظيم وهو في الشرع متعارض، فإن المائتين في الزكاة عظيم وفي السرقة والمهر العشرة عظيم، فيرجع إلى حاله. كذا في النهاية. قوله: (في مال عظيم) معطوف على قوله «في عليّ مال» المعمول ليصدق ففيه العطف على معمولين لعاملين مختلفين، وهو لا يجوز، والأولى أن يقول: ويلزم في عليّ مال درهم، وفي عليّ مال عظيم نصاب، ويكون فيه العطف على معمولين لعامل واحد. تأمل.

واعلم أن المال القليل درهم، فإذا قال في له عليّ مال عظيم وسئل البيان فقال لا قليل ولا كثير لزمه مائتان، لأنه لما قال لا قليل لزمه الكثير. كذا عن محمد. ويظهر لي أن يلزمه عند الإمام عشرة إذ هي الكثير عنده، ولو قال له عليّ شيء من الدراهم أو من دراهم فعليه ثلاثة.

لو بينه (من الذهب أو الفضة ومن خمس وعشرين من الإبل) لأنها أدنى نصاب يؤخذ من جنسه (ومن قدر النصاب قيمة في غير مال الزكاة ومن ثلاثة نصب في أموال عظام) ولو فسره بغير مال الزكاة اعتبر قيمتها كما مر (وفي دراهم ثلاثة ي) في (دراهم) أو دنانير أو ثياب (كثيرة عشرة) لأنها نهاية اسم الجمع (وكذا درهماً درهماً)

قلت وعلى تقدير من تبعيضية لا يظهر. مقدسي. قوله: (قوله لو بينه الخ) بأن قال مال عظيم من الذهب أو قال من الفضة لزمه النصاب من المقر به ومن الإبل أخذ نصابها أيضاً، فإن قال من ثياب أو كتب اعتبر النصاب بالقيمة. قوله: (ومن خمس وعشرين من الإبل) أي ولا يصدق في أقل من خمس وعشرين لو قال: مال عظيم من الإبل. قوله: (لأنها أدنى نصاب يؤخذ من جنسه) جواب سؤال حاصله: أن أدنى نصاب الإبل خمس فإنه يؤخذ فيها شاة.

وحاصل الجواب: أن ما دون الخمس والعشرين من الإبل لا يجب فيه الزكاة من جنسه، وإن وجبت فيه الزكاة، وتقرير ذلك أن الخمس من الإبل وإن كانت مالاً عظيماً تعظمه مالكه نسبي، فصار له جهتان: جهة الغنى بملكها فأوجبنا الشاة فيها، وجهة عدم العظم الحقيقي، فقلنا بعدم جواز صدقة فيها منها. أفاده الحموي. والظاهر أنه يعتبر في البقر والغنم نصابهما إذا بين بهما كما يستفاد من المنح ط. قوله: (ومن ثلاثة نصب في أموال عظام) لأن أقل الجمع ثلاثة فلا يصدق في أقل منه للتيقن به، وينبغي على قياس قول الإمام أن يعتبر فيه حال المقر. منح.

وفي الذخيرة: ولو قال مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل: قال الناطفي: لم أجده منصوصاً، وكان الجرجاني يقول: يلزمه مائتان. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه إذا قال علي دراهم مضاعفة فعليه ستة دراهم، لأن أدنى الجمع ثلاثة وضعفها ستة؛ ولو قال دراهم أضعاف مضاعفة يلزمه ثمانية عشر درهماً، لأن أضعافاً لفظ الجمع وأقله ثلاثة فتصير تسعة ومضاعفة التسعة ثمانية عشر. ذكره الشمني. قوله: (ثلاثة) لأنها أدنى الجمع. قوله: (عشرة) عند الإمام وقالا نصاب، والأصل أن رعاية الكثرة واجبة، لكنه اعتبر العرف لغة وهما اعتبراه شرعاً. قوله: (لأنها نهاية اسم الجمع) الإضافة للبيان: أي نهاية اسم هو الجمع وهو دراهم إذ هو جمع درهم وليس المراد اسم الجمع المصطلح عليه كما لا يخفى: يعني أن العشرة أقصى ما يذكر بلفظ الجمع فكان هو الأكثر من حيث اللفظ فينصرف إليه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقالا: لا يصدق في أقل من نصاب: والأصل فيه ما قدمنا من أن رعاية الكثرة واجبة الخ، وهو أول ما يصدق عليه جمع الكثرة. أما تعليل الشارح فيوهم أن العبرة لأقل ما يصدق اللفظ لا لنهايته، إذ هي مشكوكة والمال لا يثبت بالشك فتعين ما قلنا. تأمل. قوله: (وكذا درهماً درهم) أي لا

على المعتمد ولو خفضه لزمه مائة درهم، وفي دريهم أو درهم عظيم درهم، والمعتبر الوزن المعتاد إلا بحجة. زيلعي.

(وكذا كذا) درهماً (أحد عشر وكذا وكذا أحد وعشرون)

يصدق في أقل من درهم في قوله له علي كذا درهماً لأنه تفسير للمبهم. كذا في الهداية وفيه ما سبق من مخالفة المعطف. قال الإتقاني: وينبغي أن يلزمه في هذا أحد عشرة لأنه أول العدد الذي يقع تمييزه منصوباً، هكذا نقل عن أهل اللغة فلا يصدق في بيانه بدرهم، والقياس فيه ما قاله في مختصر الأسرار إذا قال له كذا درهم أنه يلزمه عشرون، لأنه ذكر جملة وفسرها بدرهم منصوب. وذلك يكون من عشرين إلى تسعين فيجب الأقل وهو عشرون لأنه متيقن اهـ. ومثله في الشرنبلالية.

وفي السراج: وإن قال كذا درهماً لزمه عشرون، وإن قال كذا درهم بالخفض لزمه مائة، وإن قال كذا درهم بالرفع أو بالسكون لزمه درهم واحد لأنه تفسير للمبهم. قوله: (على المعتمد) لأن ما في المتون مقدم على ما في الفتاوى. شرنبلالية. وفي التتمة والذخيرة درهمان، لأن كذا كناية عن العدد وأقله ثنان، إذ الواحد لا يعد حتى يكون معه شيء. وفي شرح المختار قيل: يلزمه عشرون، وهو القياس لأن أقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون. منح. قوله: (ولو خفضه لزمه درهم) كذا روي عن محمد، وإن قال كذا كذا درهم بالخفض لزمه ثلاثمائة، والتوجيه في غاية البيان. قوله: (وفي دريهم الخ) أي بالتصغير. وكذا لو صغر الدينار يلزمه تاماً. لأن التصغير يكون لصغر الحجم وللاستحقار ولخفة الوزن فلا ينقص الوزن بالشك ط. قوله: (أو درهم عظيم) إنما لزمه درهم لأن الدرهم معلوم القدر فلا يزداد قدره بقوله عظيم لأنه وصف اهـ. تبيين.

قال المقدسي: ينبغي إذا كانت الدراهم مختلفة أن يجب من أعظمها عملاً بالوصف المذكور. حموي. قوله: (والمعتبر الوزن المعتاد إلا بحجة) قال صاحب الهداية: وينصرف إلى الوزن المعتاد: أي بين الناس، وذلك لأن المطلق من الألفاظ ينصرف إلى المتعارف وهو غالب نقد البلد. ولا يصدق في أقل من ذلك لأنه يريد الرجوع عما اقتضاه كلامه.

قال في تحفة الفقهاء: ولو قال علي ألف درهم فهو على ما يتعارفه أهل البلد من الأوزان أو العدد، وإن لم يكن شيئاً متعارفاً يحمل على وزن سبعة فإنه الوزن المعتبر في الشرع، وكذلك في الدينار يعتبر المثاقيل إلا في موضع متعارف فيه بخلافه اهـ. شلبي.

وفي الكافي: وإن كان نقد البلد مختلفاً فهو على الأقل من ذلك اهـ. ولا يصدق إن ادعى وزناً دون ذلك اهـ بتصرف فقوله «إلا بحجة» إن أريد بها البيان فالأمر ظاهر، وإن لم يكن بياناً فالحجة عرف البلد، فتدبر. ط. قوله: (وكذا كذا درهماً) بالنصب. قوله: (أحد عشر) لأنه ذكر عددين مبهمين بدون حرف العطف وأقل ذلك من العدد المفسر

لأن نظيره بالواو أحد وعشرون **(ولو ثلث بلا واو فأحد عشر)** إذ لا نظير له فحمل على التكرار **(وسبعها فمائة وأحد وعشرون وإن ربع)** مع الواو **(زيد ألف)** ولو خمس زيد عشرة آلاف ولو سدس زيد مائة ألف ولو سبع زيد ألف ألف وهكذا يعتبر نظيره أبداً.

أحد عشر وأكثره تسعة عشر، والأقل يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه. منح. وبالخفض ثلاثمائة وفي كذا وكذا درهماً، وكذا وكذا ديناراً عليه من كل أحد عشر، وفي كذا كذا ديناراً ودرهماً أحد عشر منهما جميعاً ويقسم ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير احتياطاً، ولا يعكس لأن الدراهم أقل مالية والقياس خمسة ونصف من كل، لكن ليس في لفظه ما يدل على الكسر. غاية البيان ملخصاً.

أقول: لكن مقتضى الاحتياط أن يلزمه دينار واحد وعشرة دراهم لأنه أقل ما يصدق عليه القول المذكور. تأمل. قوله: **(لأن نظيره الخ)** لو قال: لأن أقل نظير له واحد وعشرون لكان أولى.

قال في المنح: لأنه فصل بينهما بحرف العطف، وأقل ذلك من العدد المفسر أحد وعشرون، وأكثره تسعة وتسعون، والأقل يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه اهـ. قوله: **(ولو ثلث)** بأن قال كذا كذا كذا درهماً. قوله: **(إذ لا نظير له)** وما قيل نظيره مائة ألف ألف فسهو ظاهر، لأن الكلام في نصب الدرهم وتمييز هذا العدد مجرور، وينظر هل إذا جره يلزمه ذلك؟ وظاهر كلامهم لا. قوله: **(فحمل على التكرار)** أي تكرار لفظ كذا الأخير. قوله: **(زيد ألف)** فيجب ألف ومائة وأحد وعشرون لأنه أقل ما يعبر عنه بأربعة أعداد مع الواو. ط عن أبي السعود. قوله: **(ولو خمس زيد عشرة آلاف)** هذا حكاه العيني بلفظ ينبغي لكنه غلط ظاهر، لأن العشرة آلاف تتركب مع الألف بلا واو فيقال أحد عشر ألفاً، فتهدر الواو التي تعتبر مهما أمكن وهنا يمكن فيقال أحد وعشرون ألفاً ومائة وأحد وعشرون درهماً. نعم. قوله: **(ولو سدس الخ)** مستقيم. سائحاني: أي بأن قال مائة ألف وأحد وعشرون ألفاً وأحد وعشرون درهماً، وكذا لو سبع زيد قبله ألف ألف، وما ذكره أحسن من قول بعضهم قوله زيد عشرة آلاف فيه أنه يضم الألف إلى العشرة آلاف فيقال أحد عشر، والقياس لزوم مائة ألف وعشرة آلاف الخ هـ. لأن أحد وعشرون ألفاً أقل من مائة ألف، وقد أمكن اعتبار الأقل فلا يجب الأكثر، ويلزم أيضاً اختلال المسائل التي بعده كلها فيقال لو خمس زيد مائة ألف، ولو سدس زيد ألف ألف. وهكذا بخلافه على ما مر، فتدبر. قوله: **(وهكذا يعتبر نظيره أبداً)** أي كلما زاد معطوفاً بالواو زيد عليه ما جرت به العادة إلى ما لا يتناهى كما في البحر، وفيه: والمعتبر الوزن المعتاد في كل زمان أو مكان، والنيف مجهول يرجع إليه فيه والبضعة للثلاثة اهـ. فلو قال: عشرة ونيف فالبيان في النيف إليه، فإن فسره بأقل من درهم جاز، لأن النيف مطلق

(و) لو قال له (عليّ أو) له (قبلي) فهو (إقرار بدين) لأن على للإيجاب وقبلي للضمان غالباً (وصدق وإن وصل به هو وديعة) لأنه يحتمله مجازاً (وإن فصل لا) يصدق لتقرره بالسكوت (عندي أو معي أو في بيتي أو) في (كيسي أو) في (صندوقي) إقرار بأن (أمانة) عملاً بالعرف (جميع ما) لي أو ما (أملكه له) أو له من

الزيادة، ولو قال بضع وعشرون ففي البدائع: البضع في عرف اللغة من الثلاثة إلى التسعة فيحمل على الأقل للتيقن. وفي البزازية: البضعة النصف. قوله: (لأن على للإيجاب) قال الإتقاني: أما قوله «عليّ» فإنما كان إقراراً بالدين بسبيل الاقتضاء، وإن لم يذكر الدين صريحاً لأن كلمة عليّ تستعمل في الإيجاب، ومحل الإيجاب الذمة، والثابت في الذمة الدين لا العين فصار إقراره بالدين مقتضى قوله عليّ، والثابت اقتضاء كالثابت نصاً، ولو نص فقال لفلان عليّ ألف درهم دين كان مقراً بالدين لا بالعين، فكذلك هنا ا هـ. قوله: (وقبلي للضمان غالباً) قال الإتقاني: لأن. قوله: (قبلي) وإن كان يستعمل في الإيجابات والأمانات يقال لفلان قبلي وديعة وقبلي أمانة غلب استعماله في الإيجابات، والمطلق من الكلام ينصرف إلى ما هو الغالب في الاستعمال ا هـ.

قال الزمخشري: كل من تقبل بشيء مقاطعة وكتب عليه بذلك كتاباً فالكتاب الذي يكتب هو القبالة بالفتح، والعمل قبالة بالكسر لأنه صناعة ا هـ.

وفي بعض النسخ: وقبل عوض وقبلي. قوله: (وصدق إن وصل به هو وديعة) أي بأن يقول له عليّ ألف درهم وديعة فلا تكون على للإلزام، وكذا لو قال أردت به الوديعة متصلاً. عيني. قوله: (لأنه يحتمله مجازاً) وذلك لأن لفظ عليّ وقبلي ينبئان عن الوجوب، وهو متحقق في الوديعة إذ حفظها واجب، فقوله له عليّ كذا: أي يجب له عليّ حفظ كذا، فأطلق محل وجوب الحفظ وهو المال وأراد الحال فيه وهو وجوب حفظه، وأما قبلي فقد تقدم أنها تستعمل في الأمانة ط. قوله: (لتقرره بالسكوت) فلا يجوز تغييره بعد ذلك كسائر المغيرات من الاستثناء والشرط. ط. قوله: (عندي) أي له عندي، وكذا يقال في الجميع. قوله: (عملاً بالعرف) لأن الكل إقرار بكون الشيء في يده وذا يكون أمانة، لأنه قد يكون مضموناً وقد يكون أمانة وعند أقلهما. وفي كفالة الخيرية عن التاترخانية لفظة عندي للوديعة، لكنه بقرينة الدين تكون كفالة. وفي الزيلعي: مطلقة يحمل العرف، وفي العرف إذا قرن بالدين يكون ضماناً، وقد صرح بضمان بأن عند إذا استعملت في الدين يراد به الوجوب ا هـ.

أقول: وكأنه في عرفهم إقرار بالأمانة، أما العرف اليوم في عندي ومعي الدين، لكن ذكروا علة أخرى تفيد عدم اعتبار عرفنا ا هـ.

قال المقدسي: لأن هذه المواضع محل العين لا الدين، إذ محله الذمة، والعين يحتمل أن تكون مضمونة وأمانة والأمانة أدنى فحمل عليها، والعرف يشهد له أيضاً. فإن قيل:

مالي أو دراهمي كذا فهو (هبة لا إقرار) ولو عبر بفي مالي أو بفي دراهمي كان إقراراً بالشركة (فلا بد) لصحة الهبة (من التسليم) بخلاف الإقرار، والأصل أنه متى أضاف المقرّ به إلى ملكه كان هبة

له عليّ مائة وديعة دين أو دين وديعة لا تثبت الأمانة مع أنها أقلهما. أجيب: بأن أحد اللفظين إذا كان للأمانة والآخر للدين فإذا اجتمعا في الإقرار يترجح الدين اهـ: أي بخلاف اللفظ الواحد المحتمل لمعنيين كما هنا. تأمل.

قال الخير الرملي: والظاهر في كلمة «عندي» أنها عند الإطلاق للأمانة، ولذا قال في التاترخانية: إنها بقرينة الدين للكفالة، ويستفاد من هذا أنها بقرينة الغصب تكون له كما لو قال غصبت مني كذا فقال عندي، فتأمل. ويستفاد منه أيضاً أنه لو سأل القاضي المدعى عليه عن جواب الدعوى فقال عندي يكون إقراراً بالمدعي، وقد نص عليه السبكي من أئمة الشافعية ولا تأباه قواعدنا، فتأمل اهـ. قوله: (فهو هبة لا إقرار) أي لأن ماله أو ما ملكه يمتنع أن يكون لآخر في ذلك الحال فلا يصح الإقرار، واللفظ يحتمل الإنشاء فيحمل عليه ويكون هبة. قوله: (كان إقرار بالشركة) قال الحموي: لو قال له في مالي ألف درهم أو في دراهمي هذه فهو إقرار، ثم إن كان عيناً فوديعة وإلا فشركة اهـ. فكان عليه أن يقول: أو بالوديعة. قوله: (بخلاف الإقرار) فإنه لو كان إقراراً لا يحتاج إلى التسليم، والأوضح أن يقول: بخلاف ما لو كان إقراراً كما أن الأوضح فلا بد فيها من التسليم. قوله: (والأصل أنه متى أضاف المقر به الخ) ينبغي تقييده بما إذا لم يأت بلفظ في كما يعلم مما قبله. قوله: (كان هبة) لأن إضافته إلى نفسه تنافي حمله على الإقرار الذي هو إخبار لا إنشاء فيجعل إنشاء، فيكون هبة فيشترط فيه ما يشترط في الهبة منح. إذا قال: اشهدوا أني قد أوصيت لفلان بألف وأوصيت أن لفلان في مالي ألفاً، فالأولى وصية والأخرى إقرار. وفي الأصل: إذا قال في وصيته سدس داري لفلان فهو وصية، ولو قال لفلان سدس في داري فإقرار، لأنه في الأول جعل له سدس دار جميعها مضاف إلى نفسه وإنما يكون ذلك بقصد التمليك، وفي الثاني جعل دار نفسه ظرفاً للسدس الذي سماه كان لفلان[1]، وإنما يكون داره ظرفاً لذلك السدس إذا كان السدس مملوكاً لفلان قبل ذلك فيكون إقراراً، أما لو كان إنشاء لا يكون ظرفاً؛ لأن الدار كلها له فلا يكون البعض ظرفاً للبعض. وعلى هذا إذا قال له ألف درهم من مالي فهو وصية استحساناً إذا كان في ذكر الوصية، وإن قال في مالي فهو إقرار اهـ. من النهاية.

فقول المصنف «فهو هبة» أي إن لم يكن في ذكر الوصية، وفي هذا الأصل خلاف كما

---

(١) في ط (قوله الذي سماه كان لفلان) هكذا بأصله، والذي في حاشية والده رحمه الله تعالى «الذي كان لفلان» بسقوط «سماه».

ولا يرد ما في بيتي لأنها إضافة نسبة لا ملك، ولا الأرض التي حدودها كذا لطفلي

ذكره في المنح، وسيأتي في متفرقات الهبة عن البزازية وغيرها: الدين الذي لي على فلان لفلان أنه إقرار، واستشكله الشارح هناك وأوضحه سيدي الوالد ثمة، فراجعه. قوله: (ولا يرد) أي على منطوق الأصل المذكور، فإن الإضافة موجودة ومع ذلك جعل إقراراً، لكن الإضافة في الظرف لا المظروف وهو المقر به. قوله: (ما في بيتي) أي فإنه إقرار، وكذا ما في منزلي، ويدخل فيه الدواب التي يبعثها في النهار وتأوي إليه بالليل، وكذا العبيد كذلك كما في التاترخانية. قوله: (لأنها إضافة نسبة) أي فإنه أضاف الظرف لا المظروف المقر به كما علمت. يعني أن الإضافة هنا كلا إضافة، لاحتمال أن البيت أو الصندوق أو الكيس ملك غيره، ومرّ في الإيضاح أن المراد بالبيت ما ينسب إليه بالسكنى سواء كان يملكه أو بإجارة أو إعارة أو غير ذلك، والمقر به هنا ما في البيت وهو غير مضاف أصلاً، فيكون قوله ما في بيتي إقراراً لا تمليكاً لعدم وجود إضافة المقر به إلى ملكه، بل جعله مظروفاً فيما أضيف إليه نسبة. قوله: (ولا الأرض) عطف على ما قبله. أي ولا يرد على عكس القاعدة قوله. قوله: (الأرض) وهو أنه إذا لم يضفه كان إقراراً، وإنما لا ورود لها على الأصل المتقدم إذ إضافة فيها إلى ملكه. نعم نقلها في المنح عن الخانية على أنها تمليك، ثم نقل عن المنتقى نظيرتها على أنها إقرار، وكذا نقل عن القنية ما يفيد ذلك حيث قال: إقرار الأب لولده الصغير بعين من ماله تمليك إن أضافه إلى نفسه في الإقرار وإن أطلق فإقرار، كما في سدس داري وسدس هذه الدار، ثم نقل عنها ما يخالفه ثم قال: قلت بعض هذه الفروع يقتضي التسوية بين الإضافة وعدمها، فيفيد أن في المسألة خلافاً، ومسألة الابن الصغير يصح فيها الهبة بدون القبض، لأن كونه في يده قبض فلا فرق بين الإقرار والتمليك، بخلاف الأجنبي. ولو كان في مسألة الصغير شيء مما يحتمل القسمة ظهر الفرق بين الإقرار والتمليك في حقه أيضاً لافتقاره إلى القبض مفرزاً ا هـ.

ثم قال: وهنا مسألة كثيرة الوقوع: وهي ما إذا أقر لآخر إلى آخر ما ذكر الشارح مختصراً.

وحاصله: أنه اختلف النقل في قوله «الأرض التي حدودها كذا لطفلي» هل هو إقرار أو هبة، وأفاد أنه لا فرق بينهما إلا إذا كان فيها شيء مما يحتمل القسمة، فتظهر حينئذ ثمرة الاختلاف في وجوب القبض وعدمه، وكأن مراد الشارح الإشارة إلى أن ما ذكره المصنف آخراً يفيد التوفيق بأن يحمل قول من قال إنها تمليك على ما إذا كانت معلومة بين الناس أنها ملكه فيكون فيها الإضافة تقديراً، وقول من قال إنها إقرار على ما إذا لم تكن كذلك. قوله «ولا الأرض» أي ولا ترد مسألة الأرض التي الخ على الأصل السابق فإنها هبة: أي لو كانت معلومة أنها ملكه للإضافة تقديراً، لكن لا يحتاج إلى التسليم كما

فلان فإنه هبة وإن لم يقبضه لأنه في يده إلا أن يكون مما يحتمل القسمة فيشترط قبضه مفرزاً اهـ. فالإضافة تقديراً بدليل قول المصنف أقر لآخر بمعين ولم يضفه، لكن من المعلوم لكثير من الناس أنه ملكه فهل يكون إقراراً أو تمليكاً؟ ينبغي الثاني فيراعى فيه شرائط التمليك، فراجعه.

اقتضاه الأصل لأنها في يده وحينئذ يظهر دفع الورود. تأمل. قوله: (وإن لم يقبضه) قال في المنح: ومسألة الابن الصغير يصح فيها الهبة بدون القبض، لأن كونه في يده قبض له فلا فرق بين الاعتبارين: أي الإقرار والتمليك، بخلاف الأجنبي، فإنه يشترط في التمليك القبض دون الإقرار اهـ. وإنما يتم في حق الصغير بدون قبض، لأن هبة الأب لطفله تتم بقوله: وهبت لطفلي فلان كذا، ويقوم مقام الإيجاب والقبول ويكفي في قبضها كونها في يده، لأن الأب هو ولي طفله فيقوم إيجابه مقام إيجابه عن نفسه، وقبوله لطفله لأنه هو الذي يقبل له ووجودها في يده قبض لطفله، إلا إذا كان ما وهبه مشاعاً يحتمل القسمة فلا بد من إفرازه وقبضه بعد القسمة لعدم صحة هبة المشاع. قوله: (إلا أن يكون مما يحتمل القسمة) أي وقد ملكه بعضه. قوله: (مفرزاً) في بعض النسخ بعد هذا اللفظ لفظ اهـ وفي بعضها بياض. قوله: (فالإضافة تقديراً) علة. قوله: (ولا الأرض) أي إنما كانت تمليكاً في هذه المسألة وإن لم يوجد فيها إضافة صريحاً لأن فيها إضافة تقديرية كأنه قال أرضي الخ والدليل عليها أن ملكه إياها معلوم للناس.

فالحاصل: أن الإضافة إلى نفسه التي تقتضي التمليك، إما أن تكون صريحة أو تقديرية تعلم بالقرائن، كأن كان مشهوراً بين الناس أنه مالكه، وبهذا يظهر الجواب عن مسائل جعلوها تمليكاً ولا إضافة فيها، فلا حاجة إلى ما ادعاه المصنف من ثبوت الخلاف في المسألة حيث قال بعض هذه الفروع تقتضي التسوية: أي في التمليك بين الإضافة وعدمها، فيفيد أن في المسألة خلافاً اهـ. فليتأمل ط. ولا تنس ما قدمناه من إفادة التوفيق. قوله: (فهل يكون إقراراً أو تمليكاً) أقول: المفهوم من كلامهم أنه إذا أضاف المقر به أو الموهوب إلى نفسه كان هبة، وإلا يحتمل الإقرار والهبة فيعمل بالقرائن، لكن يشكل على الأول ما عن نجم الأئمة البخاري أنه إقرار في الحالتين. وربما يوفق بين كلامهم بأن الملك إذا كان ظاهراً للمملك فهو تمليك، وإلا فهو إقرار إن وجدت قرينة، وتمليك إن وجدت قرينة تدل عليه، فتأمل فإنا نجد في الحوادث ما يقتضيه. رملي.

وقال السائحاني: أنت خبير بأن أقوال المذهب كثيرة، والمشهور هو ما مر من قول الشارح «والأصل الخ» وفي المنح عن السعدي: أن إقرار الأب لولده الصغير بعين ماله تمليك إن أضاف ذلك إلى نفسه فانظر لقوله بعين ماله، ولقوله لولده الصغير، فهو يشير إلى عدم اعتبار ما يمهد بل العبرة للفظ اهـ.

(قال لي عليك ألف فقال اتزنه أو انتقده أو أجلني به أو قضيتك إياه أو أبرأتني منه أو تصدقت به علي أو وهبته لي أو أحلتك به على زيد) ونحو ذلك (فهو إقرار له بها)

قلت: ويؤيده ما مر من قوله «ما في بيتي» وما في الخانية جميع ما يعرف بي أو جميع ما ينسب إلي لفلان، قال الإسكاف: إقرار اهـ. فإن ما في بيته وما يعرف به وينسب إليه يكون معلوماً لكثير من الناس أنه ملكه، فإن اليد والتصرف دليل الملك، وقد صرحوا بأنه إقرار، وأفتى به في الحامدية، وبه تأيد بحث السائحاني. ولعله إنما عبر في مسألة الأرض بالهبة لعدم الفرق فيها بين الهبة والإقرار إذا كان ذلك لطفله، ولذا ذكرها في الملتقى في جانب غير الطفل مضافة للمقر حيث قال: إذا قال أرضي هذه وذكر حدودها لفلان أو قال الأرض التي حدودها كذا لولدي فلان وهو صغير كان جائزاً ويكون تمليكاً، فتأمل والله تعالى أعلم.

أقول: لعله إنما كان كذلك: أي تمليكاً من حيث إن الأرض مشهورة إنها ملك والده، واستفادة الملك إنما تكون من جهته وذلك بالتمليك منه، بخلاف الإقرار للأجنبي ولولده الكبير حيث يمكن أن تكون ملكيهما من غير جهة المقر. تأمل. قوله: (فقال اتزنه) أصله أو «اتزنه» قلبت الواو تاء وأدغمت في التاء، وهو أمر معناه: خذ بالوزن الواجب لك علي. قوله: (ونحو ذلك) كأحل بها غرماءك أو من شئت منهم أو أضمنها له أو يحتال بها علي أو قضى فلان عني. حموي. أو خذها أو تناولها أو استوفها. منح. أو سأعطيكها أو غداً أعطيكها أو سوف أعطيكها، أو قال: ليست اليوم عندي أو أجلني فيها كذا أو أخرها عني أو نفسني فيها أو تبرأتني بها أو أبرأتني فيها. أو قال: والله لا أقضيكها أو لا أزنها لك اليوم أو لا تأخذها مني اليوم، أو قال: حتى يدخل علي مالي أو حتى يقدم علي غلامي أو لم يحل بعد، أو قال: غداً أو ليست بمهيأة أو ميسرة اليوم، أو قال: ما أكثر ما تتقاضى بها. هندية عن محيط السرخسي. قوله: (فهو إقرار له بها) وكذا لا أقضيكها أو والله لا أعطيكها فإقرار. مقدسي. وكذا غممتني بها، ولزمتني بها وآذيتني فيها. ذكره العيني. وفي المقدسي أيضاً قال: أعطني الألف التي لي عليك فقال: اصبر أو سوف تأخذها لا يكون إقراراً. وقوله اتزن إن شاء الله إقرار. وفي البزازية: قوله عند دعوى المال ما قبضت منك بغير حق لا يكون إقراراً، ولو قال: بأي سبب دفعته إلي قالوا يكون إقراراً، وفيه نظر اهـ. قدمه إلى الحاكم قبل حلول الأجل وطالبه به فله أن يحلف ما له علي اليوم شيء، وهذا الحلف لا يكون إقراراً. وقال الفقيه: لا يلتفت إلى قول من جعله إقراراً. سائحاني. وفي الهندية: رجل قال اقضني الألف التي لي عليك فقال نعم فقد أقر بها وكذلك إذا قال فاقعد فاتزنها فانتقدها فاقبضها. وفي نوادر هشام قال:

لرجوع الضمير إليها في كل ذلك عزمي زاده فكان جواباً، وهذا إذا لم يكن على سبيل الاستهزاء، فإن كان وشهد الشهود بذلك لم يلزمه شيء، أما لو ادعى الاستهزاء لم يصدق (وبلا ضمير) مثل اتزن الخ، وكذا تحاسب أو ما استقرضت من أحد سواك أو غيرك أو قبلك أو بعدك (لا) يكون إقرار لعدم انصرافه

سمعت محمداً رحمه الله تعالى يقول في رجل قال لآخر أعطني ألف درهم فقال اتزنها قال لا يلزمه شيء، لأنه لم يقل أعطني ألفي كذا في المحيط اهـ. قوله: (لرجوع الضمير إليها في كل ذلك) فكان إعادة فكأنه قال اتزن الألف التي لك علي ونحوه. قوله: (فكان جواباً) لا رداً ولا ابتداء فيكون إثباتاً للأول. قوله: (وهذا إذا لم يكن على سبيل الاستهزاء) ويستدل عليه بالقرائن. قوله: (أما لو ادعى الاستهزاء لم يصدق) أفاد كلامه أن مجرد دعواه الاستهزاء لا تعتبر، بل لا بد من الشهادة عليه، ولا تعتبر القرينة كهز الرأس مثلاً، ويدل له ما سيأتي من أنه إذا ادعى الكذب بعد الإقرار لا يقبل، ويحلف المقر له عند أبي يوسف.

وفي الفتاوى الخيرية: سئل عن دعوى الهزل بعد الإقرار، لا تسمع دعوى الهزل كما هو ظاهر الرواية، وعلى الرواية التي اختارها المتأخرون: أن دعوى الهزل في الإقرار تصح ويحلف المقر له على أن المقر ما كان كاذباً في إقراره اهـ. فلعل قول الشارح «أما لو ادعى الاستهزاء لم يصدق» جرى على ظاهر الرواية. نعم يرد عليه مسألة الصلح الآتية حيث قالوا: تسمع دعواه بعين بعد الإبراء العام، وقوله لا حق لي عنده. أي لم أقبضه فقد اكتفوا بالقرينة، وسيأتي في عبارة الأشباه ما يفيد اعتبار القرينة، لكن فيها عن القنية في قاعدة السؤال معاد في الجواب. قال لآخر لي عليك ألف فادفعه إلي فقال استهزاء نعم أحسنت، فهو إقرار عليه ويؤخذ به اهـ.

وقال في الهندية: ولو قال أعطني الألف التي عليك فقال اصبر أو قال سوف تأخذها لم يكن إقراراً، لأن هذا قد يكون استهزاء واستخفافاً به اهـ. معزياً للمحيط.

وفيها عن النوازل: إذا قال المدعى عليه كيسه بدوز قبضي كن: أي خيط الكيس واقبض لا يكون إقراراً، وكذا قوله بكير: أي أمسك لا يكون إقراراً، لأن هذه الألفاظ تصلح للابتداء، وكذا إذا قال كنش كيسه بدوز شيء لا يكون إقراراً، لأن هذه الألفاظ تذكر للاستهزاء. ثم ذكر مسائل بالفارسية أيضاً وقال: قد اختلف المشايخ والأصح أنه إقرار، لأن هذه الألفاظ لا تذكر على سبيل الاستهزاء، ولا تصلح للابتداء فتجعل للبناء مربوطاً. كذا في المحيط اهـ. فليتأمل.

قال الخير الرملي: ولو اختلفا في كونه صدر على وجه الاستهزاء أم لا فالقول للمنكر الاستهزاء بيمينه، والظاهر أنه على نفي العلم لا على فعل الغير كما سيأتي ذلك مفصلاً في مسائل شتى قبيل الصلح إن شاء الله تعالى. قوله: (لعدم انصرافه) الأولى في التعليل أن

إلى المذكور فكان كلاماً مبتدأ.

والأصل أن كل ما يصلح جواباً لا ابتداء يجعل جواباً، وما يصلح للابتداء لا للبناء أو يصلح لهما يجعل ابتداء لئلا يلزمه المال بالشك. اختيار.

وهذا إذا كان الجواب مستقلاً، فلو غير مستقل كقوله نعم كان إقراراً مطلقاً، حتى لو قال أعطني ثوب عبدي هذا أو افتح لي باب داري هذه أو جصص لي داري هذه أو أسرج دابتي هذه أو أعطني سرجها أو لجامها فقال نعم كان إقراراً منه بالعبد والدار والدابة. كافي.

يقال: لأنه يحتمل أنه أراد ما استقرضت من أحد سواك فضلاً عن استقراضي منك، وكذلك فيما بعدها وهو الظاهر في مثل هذا الكلام، ويحتمل ما استقرضت من أحد سواك بل منك فلا يكن إقراراً مع الشك. قوله: (إلى المذكور) أي انصرافاً حتمياً، وإلا فهو محتمل. قوله: (والأصل أن الخ) كالألفاظ المارة، وعبارة الكافي بعد هذا كما في المنح: فإن ذكر ضمير صلح جواباً لاابتداء وإن لم يذكره لا يصلح جواباً أو يصلح جواباً وابتداء فلا يكون إقراراً بالشك. قوله: (كل ما يصلح جواباً) كما لو تقاضاه بمائة درهم فقال أبرأتني فإنه يصلح جواباً، لأن الضمير يعود إلى كلام المدعي، ولو كان ابتداء بقي بلا مرجع. قوله: (وما يصلح للابتداء) كتصدقت عليّ ووهبت لي وما استقرضت من أحد سواك ونحوه. قوله: (لا للبناء) أي على كلام سابق بأن يكون جواباً عنه. قوله: (أو يصلح لهما) كاتزن. قوله: (لئلا يلزمه المال بالشك) تعليل لما يصلح لهما وذلك كقوله ما استقرضت من أحد الخ كما تقدم.

والحاصل: أنه إن ذكر الضمير صلح جواباً للابتداء، وإن لم يذكره لا يصلح جواباً أو يصلح جواباً وابتداء فلا يكون إقراراً بالشك لعدم التيقن بكونه جواباً، وبالشك لا يجب المال. قوله: (وهذا) أي التفصيل بين ذكر الضمير وعدمه كما يستفاد مما نقلناه قبل. قوله: (إذا كان الجواب مستقلاً) أي بالمفهومية بأن يفهم معنى يحسن السكوت عليه فيتأتى فيه التفصيل المتقدم. قوله: (فلو غير مستقل) بأن لا يتأتى فهمه إلا بالنظر إلى ما بني عليه. قوله: (كان إقراراً مطلقاً) ذكره بضمير بأن يقول نعم هو عليّ بعد قوله لي عليك ألف أو لا كما مثل، وحينئذ فلا يظهر ما قاله، لأن نعم لا تستقل بالمفهومية فإنها حرف جواب يقدر معها جملة السؤال فتكون إقراراً، ولذلك لا يتأتى الإطلاق لأن فيه التفصيل، إذ لا يمكن أن تكون ابتداء لا بناء ولا يصلح لهما لأنها وضعت للجواب. ففي لفظ الإطلاق هنا تسامح، وفي الحموي عن المقدسي: لقائل أن يقول: نعم جواب في الخبر لا في الإنشاء، وهذه الأمور إنشاء مع أنه قد يقوله ليستعيد الكلام، فكأنه يقول ماذا تقول، ويمكن أن يقال الكلام المذكور وإن كان إنشاء لكنه متضمن للخبر، فنعم جواب له اهـ. قوله: (بالعبد) أي والثوب. حموي. قوله: (والدابة) أي والسرج كما يفيده الحموي.

{قال أليس لي عليك ألف فقال بلى فهو إقرار له بها، وإن قال نعم لا} وقيل نعم لأن الإقرار يحمل على العرف لا على دقائق العربية. كذا في الجوهرة. والفرق أن بلى جواب الاستفهام المنفي بالإثبات، ونعم جوابه بالنفي **{والإيماء بالرأس}** من الناطق **{ليس بإقرار بمال وعتق وطلاق وبيع ونكاح وإجارة وهبة،}**

قوله: (فهو إقرار له بها) لأن بلى تقع جواباً لاستفهام داخل على نفي فتفيد إيجابه. قوله: (وإن قال نعم) لأن نعم تصديق للمستخبر بنفي أو إيجاب، فقوله بلى، بعد قوله أليس لي عليك ألف إبطال للنفي، فصار كأنه قال لك علي ألف فكان إقراراً، بخلاف نعم بعد النفي كأنه قال: نعم ليس لك علي ألف فيكون جحوداً. قوله: (وقيل نعم) أي نعم يكون مقراً بقوله نعم بعد. قوله: (أليس الخ). قوله: (لأن الإقرار يحمل على العرف) لأن المتكلم يتكلم بما هو المتعارف عنده، والعوام لا يدركون الفرق بين بلى ونعم، والعلماء لا يلاحظون ذلك في محاوراتهم فيما يتكلمون به بين الناس، وإنما يلاحظونه في مسائل العلم، ولذلك كان مسائل الإقرار والوكالة والأيمان مبنية على العرف. قوله: (والفرق) الأوضح تقديمه على قوله (وقيل نعم) وهذا على القول بالفرق بين بلى ونعم، وهو ما مشى عليه المصنف، وأما ما نقله الشارح عن الجوهرة فلا فرق. قوله: (أن بلى الخ) ذكر في التحقيق أن موجب نعم تصديق ما قبلها من كلام منفي أو مثبت استفهاماً كان أو خبراً، كما إذا قيل لك: قام زيد أو أقام زيد أو لم يقم زيد فقلت نعم كان تصديقاً لما قبله وتحقيقاً لما بعد الهمزة، وموجب بلى إيجاب ما بعد النفي استفهاماً كان أو خبراً، فإذا قيل لم يقم زيد فقلت بلى كان معناه قد قام، إلا أن المعتبر في أحكام الشرع العرف حتى يقام كل واحد منهما مقام الآخر. ذكره في شرح المنار لابن نجيم. قوله: (من الناطق) احترز به عن الأخرس، فإن إشارته قائمة مقام عبارته في كل شيء من بيع وإجارة وهبة ورهن ونكاح وطلاق وعتاق وإبراء وإقرار وقصاص على المعتمد فيه إلا الحدود، ولو حد قذف والشهادة، وتعمل إشارته ولو قادراً على الكتابة على المعتمد، ولا تعمل إشارته إلا إذا كانت معهودة، وأما معتقل اللسان فالفتوى على أنه إن دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه، وقد اقتصر في الأشباه وغيرها على استثناء الحدود، وزاد في التهذيب: ولا تقبل شهادته أيضاً، وأما يمينه في الدعاوى فتقدم، وظاهر اقتصار المشايخ على استثناء الحدود فقط صحة إسلامه بالإشارة، ولم أره الآن نقلاً صريحاً وكتابة الأخرس كإشارته.

واختلفوا في أن عدم القدرة على الكتابة شرط للعمل بالإشارة أو لا، والمعتمد لا قال ابن الهمام: لا يخفى أن المراد بالإشارة التي يقع بها طلاقه الإشارة المقرونة بتصويت منه، إذ العادة منه ذلك فكانت بياناً لما أجمله الأخرس اهـ. ولو أشار الأخرس بالقراءة وهو جنب ينبغي أن يحرم أخذاً من قولهم يجب على الأخرس تحريك لسانه، فجعلوا

بخلاف إفتاء ونسب وإسلام وكفر) وأمان كافر وإشارة محرم لصيد والشيخ برأسه في رواية الحديث وطلاق في أنت طالق هكذا وأشار بثلاث

التحريك قراءة. ولو علق رجل الطلاق بمشيئة أخرس فأشار بالمشيئة ينبغي الوقوع لوجود الشرط، ولو علق بمشيئة رجل ناطق فخرس فأشار بالمشيئة ينبغي الوقوع أيضاً. نور العين عن الأشباه. وفيه عن الهداية: أخرس قرئ عليه كتاب وصية فقيل له نشهد عليك بما في هذا الكتاب، فأومأ برأسه: أي نعم أو كتب، فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار فهو جائز، ولا يجوز ذلك في معتقل اللسان. والفرق أن الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معلومة، وذلك في الأخرس لا في معتقل اللسان، حتى لو امتد الاعتقال وصارت له إشارة معلومة قالوا هذا بمنزلة الأخرس، ولو كان الأخرس يكتب كتاباً أو يومي إيماء يعرف به جاز نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه ويقتص منه ولا يحد، ولا يحد له. والفرق أن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة. وأما القصاص ففيه معنى العوضية لأنه شرع جابراً فجاز أن يثبت مع الشبهة كالمعاوضات ا هـ. قوله: (بخلاف إفتاء) أي لو سأل مفتياً عن حكم فقال: أهكذا حكم؟ فأشار برأسه: أي نعم كما نقله في القنية عن علاء الدين الزاهدي، ونقل عن ظهير الدين المرغيناني أنه لا يعتبر، قال: لأن الإشارة من الناطق لا تعتبر. وفي مجمع الفتاوى: تعتبر ومثله في تنقيح المحبوبي ونور العين وغيرهما، لأن جواب المفتي به ليس بحكم متعلق باللفظ، إنما اللفظ طريق معرفة الجواب عند المستفتي، وإذا حصل هذا المقصود استغنى المستفتي عن اللفظ كما لو حصل الجواب بالكتابة، بخلاف الشهادة والوصية فإنهما يتعلقان باللفظ، والإشارة إنما تقوم مقام اللفظ عند العجز.

وفي شرح الشافية: أن جارية أريد إعتاقها في كفارة فجيء بها إلى رسول الله ﷺ فسألها: «أين الله تعالى؟ فأشارت إلى السماء، فقال: أعتقها فإنها مؤمنة»(١) كما في الحواشي الحموية وغيرها. قوله: (ونسب) بأن قيل له أهذا ابنك؟ فأشار بنعم ط. قال أبو السعود. قوله: (ونسب) أي الإشارة من سيد الأمة تنزل منزلة صريح الدعوى. قوله: (وكفر) بأن قال له قائل: أتعتقد هذا المكفر؟ فأشار بنعم. قوله: (وإشارة محرم لصيد) فإذا أشار لشخص يدله على صيد فقتله يجب جزاء على المشير. قوله: (والشيخ برأسه في رواية الحديث) أي لو قيل له: أجيزني برواية كذا عنك فأشار برأسه كفى، أما لو قرأ عليه وهو ساكت فإنه يروي عنه، ولا يحتاج إلى إشارة، ومسألة الشيخ ملحقة بمسألة الإفتاء. قوله: (والطلاق) أي وإشارة عدد الطلاق المتلفظ به. قوله: (هكذا وأشار بثلاث) فالإشارة مبينة لهذا المبهم، فلو قال أنت طالق وأشار بثلاث لم يقع إلا واحدة. أشباه. قال فيها: ولم أر لأن حكم أنت هكذا مشيراً بأصبعه ولم يقل طالق ا هـ. والظاهر عدم

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ ٢/٧٧٦ (٨) والشافعي في الرسالة ص (٧٥) ومسلم (١/٣٨١) (٣٣-٥٣٧).

بإشارة، الأشباه. اليمين كحلفه لا يستخدم فلاناً أو لا يظهر سره أو لا يدل عليه

الوقوع لأنه ليس من صريح الطلاق ولا كنايته لأنه ليس بلفظ يحتمله وغيره ط.

أقول: المفهوم من عبارة الشارح المنقولة عن الأشباه في. قوله «والطلاق في أنت طالق» أي بخلاف الطلاق الكائن في أنت طالق هكذا وأشار بثلاث، فإن الإشارة بالرأس فيه كالنطق. لكن تقدم في كتاب الطلاق أنه لو قال هكذا وأشار بثلاث يقع ثلاث ولو لم يشر بالرأس، فالظاهر أنه في هذه الصورة لا فائدة في إشارة الرأس. وقال في الأشباه: ويزاد أخذاً من مسألة الإفتاء بالرأس وإشارة الشيخ في رواية الحديث. وأمان الكافر أخذاً من النسب لأنه عناية فيه لحفظ الدم، ولذا يثبت بكتاب الإمام كما تقدم، أو أخذاً من الكتاب والطلاق إذا كان تفسيراً لمبهم كما لو قال أنت طالق هكذا وأشار بثلاث وقعت، بخلاف ما إذا قال أنت وأشار بثلاث لم يقع إلا واحدة كما علم في الطلاق اهـ من أحكام الإشارة. نعم لو قيل مخالفة هذه المسألة لما قبلها في كونها تعتبر فيها الإشارة مطلقاً كان الكلام منتظماً كما قاله أبو الطيب.

أقول: وعبارة المنح في كتاب الطلاق هكذا: ولو قال أنت طالق وأشار بأصابعه ولم يقل هكذا فهي واحدة لفقد التشبيه، لأن الهاء للتنبيه والكاف للتشبيه اهـ.

وفي البحر عن المحيط: لو قالت لزوجها طلقني فأشار إليها بثلاث أصابع وأراد به ثلاث تطليقات لا يقع ما لم يقل هكذا، لأنه لو وقع وقع بالضمير والطلاق لا يقع بالضمير اهـ. وأنت خبير بأن اعتراض المحشي ليس في محله، لأنه إذا أقر بقوله هكذا اعتبرت الإشارة، فإذا قيل له أطلقت امرأتك هكذا؟ وأشير إليه بثلاث أصابع فأومأ برأسه: أي نعم فإنه يقع الثلاث كما هو ظاهر. تأمل. قوله: (إشارة الأشباه) أي كذا في أحكام الإشارة من الأشباه في الفن الثالث. قوله: (ويزاد اليمين الخ) ظاهره أن جميع الأيمان يحنث فيها بالإشارة لأن المذكور أمثلة، وليس كذلك، فإنه إذا حلف ليضربن فأشار بالضرب لا يبرأ، أو حلف لا يضرب فأشار بالضرب لا يحنث إذا كان مثله من يباشره.

والذي في المنح عن أيمان البزازية: إذا حلف لا يظهر سر فلان أو لا يفشي أو لا يعلم فلاناً بسر فلان أو حلف ليكتمن سره أو ليخفينه أو ليسترنه أو حلف لا يدل على فلان فأخبر به بالكتابة أو برسالة أو كلام أو سأله أحد أكان سر فلان كذا أو أكان فلان بمكان كذا فأشار برأسه: أي نعم حنث في جميع هذه الوجوه، وكذا إذا حلف لا يستخدم فلاناً فأشار إليه بشيء من الخدمة حنث في يمينه خدمه فلان أو لا يخدمه اهـ ط.

أقول: وإنما حنث للعرف إذ الأيمان مبناها عليه، وهو في العرف يكون بذلك مظهراً سره ومفشيه ومعلماً به كما هو مقرر في محله؛ وهذا هو السبب في خروجها عن

وأشار حنث. عمادية. فتحرر بطلان إشارة الناطق إلا في تسع فليحفظ.

الضابط المذكور، فافهم. قوله: (وأشار حنث) قال في الأشباه: حلفه السراق أن لا يخبر بأسمائهم، فالحيلة أن يعدّ عليه الأسماء فمن ليس بسارق يقول لا والسارق يسكت عن اسمه فيعلم الوالي السارق ولا يحنث الحالف اهـ. وفي مسألتنا: الحيلة أن يقال له أن تذكر أمكنة وأشياء من السر فما ليس بمكان فلان ولا سره فقل لا، فإذا تكلمنا بسره أو مكانه فاسكت أنت، ففعله واستدلوا به على سره ومكانه لا يحنث قوله: (إلا في تسع) ويدخل تحت اليمين منها ثلاث صور. وينبغي أن يزاد على التسع تعديل الشاهد من العالم بالإشارة فإنها تكفي كما قدمناه في الشهادات.

فائدة: اعلم أن من القواعد الفقهية أنه لا ينسب إلى ساكت قول كما في مسائل:

منها: رأى أجنبياً يبيع ماله ولم ينهه لا يكون وكيلاً لسكوت المالك.

ومنها: لو رأى القاضي الصبيّ أو المعتوه أو عبدهما يبيع ويشتري فسكت لا يكون إذناً في التجارة.

ومنها: لو رأى المرتهن راهنه يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن ولا يكون مأذوناً بالبيع، وزاد في الأشباه. قوله: (في رواية).

ومنها: لو رأى غيره يتلف ماله فسكت لا يكون إذناً بإتلافه.

ومنها: لو رأى عبده يبيع عيناً من أعيان المالك فسكت لا يكون إذناً.

ومنها: لو سكت عن وطء أمته لم يسقط المهر، وكذا عن قطع عضوه آخذاً من سكوته عند إتلاف ماله.

ومنها: لو رأى قنه أو أمته يتزوج فسكت ولم ينهه لا يصير له آذناً في النكاح.

ومنها: لو زوجت غير كفء فسكت الولي عن مطالبة التفريق ليس برضا وإن طال ذلك، لأن في الموانع كثرة: أي ما لم تلد منه.

ومنها: سكوت امرأة العنين ليس برضا وإن أقامت معه سنين.

ومنها: الإعارة لا تثبت بسكوت.

ومنها: حلف لا يسلم شفعة فلم يسلمها ولكن سكت عن خصومة فيها حتى بطلت شفعته لا يحنث.

ومنها: حلف لا يؤخر عن فلان حقاً له عليه شهراً فلم يؤخره شهراً وسكت عن تقاضيه حتى مضى الشهر لا يحنث.

ومنها: لو وهبت شيئاً والموهوب له ساكت لا يصح ما لم يقل قبلت، بخلاف الصدقة كما يأتي.

ومنها: لو أجر قنه أو عرضه للبيع أو ساومه أو زوجه فسكت القن لا يكون إقراراً

برقه، بخلاف ما لو باعه أو رهنه أو دفعه بجناية فسكت كما سيأتي أيضاً.

ومنها: أحد شريكي عنان قال لصاحبه: إني اشتريت هذه الأمة لنفسي خاصة فسكت صاحبه فشراها لا تكون له ما لم يقل صاحبه نعم. كذا في جامع الفصولين موافقاً للخلاصة وغيرها. وزيد في مختارات النوازل: فإذا قال نعم فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة، إذ الإذن يتضمن هبة نصيبه منه، إذ الوطء لا يحل إلا بالملك بخلاف طعام وكسوة.

يقول الحقير: وفي الأشباه: فسكت صاحبه لا تكون لهما، وذكر هذه المسألة فيما يكون السكوت فيه كالنطق، كل ذلك سهو واضح لمخالفته لما مر آنفاً من المعتبرات، واحتمال كون المسألة خلافية فيها روايتان بعيد، إذ لو كانت كذلك لتعرض له أحد من أصحاب المعتبرات المنقول عنها.

ثم اعلم أنه خرج عن القاعدة السابقة مسائل كثيرة صار السكوت فيها كالنطق: أي يكون رضا.

فمنها: سكوت البكر عند استئمار وليها عنها قبل التزويج وبعده هذا لو زوجها الولي، فلو زوج الجد مع قيام الأب لا يكون سكوتها رضا.

ومنها سكوتها عند قبض مهرها المهر أبوها أو من زوجها فسكتت يكون إذناً بقبضه، إلا أن تقول لا تقبضه فحينئذ لم يجز القبض عنها ولا يبرأ الزوج.

ومنها: سكوت الصبية إذا بلغت بكراً يكون رضاً ويبطل خيار بلوغها لا لو بلغت ثيباً.

ومنها: بكر حلفت أن لا تزوج نفسها فزوجها أبوها فسكتت حنثت في يمينها كرضاها بكلام، ولو حلفت بكر أن لا تأذن في تزويجها فزوجها أبوها فسكتت لا تحنث إذ لم تأذن ولزم النكاح بالسكوت.

ومنها: تصدق على إنسان فسكت المتصدق عليه يثبت الملك ولا يحتاج إلى قبوله قولاً، بخلاف الهبة.

ومنها: قبض هبة وصدقة بحضرة المالك وهو ساكت كان إذناً بقبضه.

ومنها: لو أبرأ مديونه فسكت المديون يبرأ ولو رد يرتد برده.

ومنها: الإقرار يصح ولو سكت المقر له ويرتد برده.

ومنها: لو وكله بشيء فسكت الوكيل وباشره صح ويرتد برده فلو وكله ببيع قنه فلم يقبل ولم يرد فباعه جاز ويكون قبولاً.

ومنها: لو أوصى إلى رجل فسكت في حياته فلما مات باع الوصي بعض التركة أو تقاضى دينه فهو قبول للوصاية.

ومنها: الأمر باليد إذا سكت المفوض إليه صح يرتد برده.

ومنها: الوقف على رجل معين صح ولو سكت الموقوف عليه ولو رده، قيل يبطل، وقيل لا.

ومنها: تواضعا على تلجئة ثم قال أحدهما لصاحبه: قد بدا لي أن أجعله بيعاً صحيحاً، فسكت الآخر ثم تبايعا صح البيع وليس للساكت إبطاله بعد ما سمع قول صاحبه.

ومنها: سكوت المالك القديم حين قسم ماله بين الغانمين رضا، كما لو أسر قن لمسلم فوقع في الغنيمة وقسم ومولاه الأول حاضر فسكت بطل حقه في دعوى قنه.

ومنها: لو كان المشتري مخيراً في قن شراه فرأى القن يبيع ويشتري فسكت بطل خياره، ولو كان الخيار للبائع لا يبطل خياره.

ومنها: للبائع حبس المبيع لثمنه، فلو قبضه المشتري ورآه البائع وسكت كان إذناً في قبضه، الصحيح والفاسد فيه سواء في رواية، وهو رضا بقبض في الفاسد لا في الصحيح في رواية.

ومنها: علم الشفيع بالبيع وسكت يبطل شفعته.

ومنها: رأى غير القاضي قنه يبيع ويشتري وسكت كان مأذوناً في التجارة لا في بيع ذلك العين.

ومنها: لو حلف المولى لا يأذن لقنه فرآه يبيع ويشتري فسكت يحنث في ظاهر الرواية، لا في رواية عن أبي يوسف.

ومنها: باع قن شيئاً بحضرة مولاه ثم ادعاه المولى أنه له فلو كان مأذوناً يصح دعوى المولى ولو محجوراً صح. قال الأستروشني: فإن قيل ألم يصر مأذوناً بسكوت مولاه؟ قلنا نعم، ولكن أثر الإذن يظهر في المستقبل.

ومنها: باع قناً والقن حاضر علم به وسكت، وفي بعض الروايات فانقاد للبيع والتسليم ثم قال أنا حر لا يقبل قوله. كذا في جامع الفصولين موافقاً لما في فتاوى قاضيخان. وفي فوائد العتابي: ولو سكت القن وهو يعقل فهو إقرار برقه، وكذا لو رهنه أو دفعه بجناية والقن ساكت، بخلاف ما لو أجره أو عرضه للبيع أو ساومه أو زوجه فسكوته هنا ليس بإقرار برقه.

يقول الحقير: قوله: وفي بعض الروايات الخ ظاهره يشعر بضعف اشتراط الانقياد أو تساوي الاحتمالين، لكن الأظهر أن الانقياد شرط لما ذكر في محل آخر من فتاوى قاضيخان: رجل شرى أمة وقبضها فباعها من آخر والثاني من ثالث فادعت حريتها

فردها الثالث على الثاني فقبلها ثم أراد ردها على الأول فلم يقبل له ذلك لو ادعت عتقاً، إذ العتق لا يثبت بقولها، ولو ادعت حرية الأصل: فلو كانت حين بيعت وسلمت انقادت لبيع وتسليم فكذلك إذ الانقياد إقرار بالرق، وإن لم تنقد فليس للأول أن لا يقبل ا هـ.

ومنها: حلف لا يترك فلاناً داره وفلان نازل فيها فسكت الحالف حنث، لا لو قال له أخرج فأبى أن يخرج فسكت.

ومنها: ولدت ولداً فهنأ الناس زوجها فسكت الزوج لزمه الولد وليس له نفيه كإقراره.

ومنها: أم ولد ولدت فسكت مولاها حتى مضى يومان لهذا الولد لا يملك نفيه بعده.

ومنها: السكوت قبل البيع عند الإخبار بالعيب رضا به، حتى لو قال رجل هذا الشيء معيب فسمعه وأقدم مع ذلك على شرائه فهو رضا لو المخبر عدلاً لا لو فاسقاً عند أبي حنيفة، وعندهما هو رضا ولو فاسقاً.

ومنها: سكوت بكر عند إخبارها بتزويج الولي على خلاف ما مر آنفاً.

ومنها: باع عقاراً وامرأته أو ولده أو بعض أقاربه حاضر فسكت ثم ادعاه على المشتري من كان حاضراً عند البيع أفتى مشايخ سمرقند أنه لا يسمع، وجعل سكوته في هذه الحالة كإقرار دلالة قطعاً للأطماع الفاسدة، وأفتى مشايخ بخارى أنه ينبغي أن يسمع فينظر المفتي في ذلك، فلو رأى أنه لا يسمع لاشتهار المدعي بحيلة وتلبيس وأفتى به كان حسناً سداً لباب التزوير.

ومنها: الحاضر عند البيع لو بعث البائع إلى المشتري وتقاضاه الثمن لا يسمع دعواه الملك لنفسه بعده لأنه يصير مجيزاً للبيع بتقاضيه.

ومنها: رآه يبيع عرضاً أو داراً فتصرف فيه المشتري زماناً وهو ساكت سقط دعواه.

يقول الحقير: وفي الفتاوى الولوالجية: رجل تصرف أيضاً زماناً ورجل آخر رأى الأرض والتصرف، ولم يدع ومات على ذلك لا يسمع بعد ذلك دعوى ولده فيترك على يد المتصرف، لأن الحال شاهد.

ومنها: لو قال الوكيل بشراء شيء بعينه لموكله إني أريد شراءه لنفسي فسكت موكله ثم شراه يكون للوكيل.

يقول الحقير: وجه الفرق بين هذه المسألة وبين ما مر نحو ورقة من مسألة شريكي العنان: وهو ما ذكره صاحب الخلاصة بعد ذكر هاتين المسألتين بقوله: والفرق أن الوكيل

(وإن أقر بدين مؤجل وادعى المقر له حلوله لزمه) الدين (حالاً) وعند الشافعي رضي الله عنه مؤجلاً بيمينه (كإقراره بعبد في يده أنه لرجل وإنه استأجره منه) فلا يصدق في تأجيل وإجارة لأنه دعوى بلا حجة (و) حينئذ (يستحلف المقر

يملك عزل نفسه إذا علم الموكل رضي أو سخط، بخلاف أحد الشريكين إذ لا يملك فسخ الشركة إلا برضا صاحبه.

ومنها: ولي صبي عاقل رأى الصبي يبيع ويشتري فسكت يكون إذناً.

ومنها: سكوت رجل رأى غيره شق زقه حتى سال ما فيه يكون رضا.

ومنها: سكوت الحالف بأن لا يستخدم فلاناً: أي مملوكه ثم خدمه فلان بلا أمره ولم ينهه حنث.

ومنها: امرأة دفعت في تجهيزها لبنتها أشياء من أمتعة الأب والأب ساكت فليس له الاسترداد.

ومنها: أنفقت الأم في تجهيز بنتها ما هو معتاد فسكت الأب لا تضمن الأم.

ومنها: باع أمة وعليها حلي وقرطان ولم يشترط ذلك لكن تسلم المشتري الأمة وذهب بها والبائع ساكت كان سكوته بمنزلة التسليم فكان الحلي لها.

ومنها: القراءة على الشيخ وهو ساكت تنزل منزلة نطقه في الأصح.

ومنها: ما ذكر في قضاء الخلاصة: ادعى على الآخر مالاً فسكت ولم يجب أصلاً: يؤخذ منه كفيل ثم يسأل جيرانه عسى به آفة في لسانه أو سمعه، فلو أخبروا أنه لا آفة به يحضر مجلس الحكم، فإن سكت ولم يجب ينزل منزلة المنكر عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف: يحبس حتى يجيب، فإن فهم أنه أخرس يجيب بالإشارة انتهى.

ومنها: سكوت المزكي عند سؤاله عن حال الشاهد تعديل.

ومنها: سكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة.

يقول الحقير: فصارت المسائل التي يكون السكوت فيها رضا أربعين مسألة: ثلاثون منها ذكرت في جامع الفصولين، وعشرة منها زيادة صاحب الأشباه والنظائر نقلها من الكتب المعتبرة انتهى. الكل من نور العين. وقد ذكرنا بعض هذه فيما قدمنا محرراً فراجعه إن شئت، وتقدمت في كلام الشارح قبيل البيوع آخر الوقف وزاد على ما هنا مسائل كثيرة، وكتب عليها سيدي الوالد رحمه الله تعالى وزاد عليها، فراجعها ثمة. قوله: (لزمه الدين حالاً) قال في الدرر: لأنه أقر بحق على نفسه وادعى لنفسه حقاً فيه فيصدق في الإقرار بلا حجة دون الدعوى اهـ. قال في الواقعات: هذا إذا لم يصل الأجل بكلامه، أما إذا وصل صدق اهـ. قوله: (لأنه دعوى بلا حجة) قال الحموي: لأنه أقر بحق على

له فيهما، بخلاف ما لو أقر بالدراهم السود فكذبه في صفتها) حيث (يلزمه ما أقر به فقط) لأن السود نوع والأجل عارض لثبوته بالشرط والقول للمقر في النوع وللمنكر في العوارض (كإقرار الكفيل بدين مؤجل) فإن القول له في الأجل لثبوته في كفالة المؤجل بلا شرط (وشراؤه) أمة (متنقبة إقرار بالملك للبائع كثوب في جراب

نفسه وادعى حقاً على المقر له فإقراره حجة عليه ولا تقبل دعواه بلا حجة ا هـ. قوله: (لثبوته بالشرط) الأوضح أن يقول: ليثبت بالشرط، ويكون بياناً لقوله: (عارض) وعبارة الحموي: والأجل عارض ولا يثبت بنفس العقد بل بالشرط والقول للمنكر في العارض ا هـ. قوله: (والقول للمقر في النوع وللمنكر في العوارض) أي فكانت من قبيل الإقرار بالنوع لا بالعارض، لأن حقيقة النوع أن يكون الشيء من أصله موصوفاً بتلك الصفة، وكذلك الدين المؤجل المكفول به فإنه مؤجل بلا شرط، بل من حين كفله كان مؤجلاً، فإذا أقر به لم يكن مقراً بالحال، كما أن الدراهم السود من أصلها سود، وليس السواد عارضاً بالشرط فكان إقراراً بالنوع، بخلاف الدين فإن الأصل فيه الحلول، ولا يصير مؤجلاً إلا بالشرط، فكان الإقرار بالدين المؤجل إقراراً بالدين، وادعاء لحصول العارض والمقر له ينكر العارض والقول للمنكر، ومثله إجارة العبد كما أفاده بعض الأفاضل.

والحاصل: أن الأجل عارض لا يثبت بنفس العقد بل بالشرط والقول للمنكر في العارض. قوله: (لثبوته في كفالة المؤجل بلا شرط) فالأجل فيها نوع فكانت الكفالة المؤجلة أحد نوعي الكفالة فيصدق، لأن إقراره بأحد النوعين لا يجعل إقراراً بالنوع الآخر، لأن حقيقة النوع أن يكون للشيء من أصله موصوفاً بتلك الصفة، وكذلك الدين المؤجل المكفول به فإنه مؤجل بلا شرط، بل من حين كفله كان مؤجلاً، فإذا أقر به لم يكن مقراً بالحال كما أن الدراهم السود من أصلها سود كما قدمناه قريباً وقد مرت المسألة في كتاب الكفالة عند قوله لك مائة درهم إلى شهر؛ فراجع. قوله: (وشراؤه أمة متنقبة) فإذا لم تكن متنقبة فأولى بالحكم المذكور. قوله: (كثوب في جراب) أي كشراء ثوب في جراب، وفي البزازية: علل لذلك بقوله: والضابط أن الشيء إن كان مما يعرف وقت المساومة كالجارية القائمة المتنقبة بين يديه لا يقبل إلا إذا صدقه المدعي عليه في عدم معرفته إياها فيقبل، وإن كان مما لا يعرف كثوب في منديل، أو جارية قاعدة على رأسها غطاء لا يرى منها شيء يقبل، ولهذا اختلفت أقاويل العلماء في ذلك ا هـ. وبه ظهر أن الثوب في الجراب كهو في المنديل، ويدل عليه ما في الفواكه البدرية لابن الغرس حيث عد مسألة الثوب في الجراب، مما يغتفر فيه التناقض فقال: وإذا اشترى ثوباً مطوياً في جراب أو منديل فلما نشره قال هذا متاعي تسمع دعواه، فالدعوى مسموعة مع التناقض في جميع هذه

وكذا الاستيام والاستيداع) وقبول الوديعة. بحر.

(والإعارة والاستيهاب والاستئجار)

المسائل: أي التي منها هذه على الراجح المفتى به. ومن المشايخ من اعتبره التناقض مطلقاً لمنع سماع الدعوى إذا تقدم ما يناقضها، وقدمنا ذلك في الدعوى، فراجعه. قوله: (وكذا الاستيام والاستيداع) أي طلب إيداعه عنده، ومثله يقال في الاستيهاب والاستئجار.

قال في تنوير البصائر: ومما يجب حفظه هنا أن المساومة بالملك للبائع أو بعدم كونه ملكاً له ضمناً لا قصداً، وليس كالإقرار صريحاً بأنه ملك البائع، والتفاوت إنما يظهر فيما إذا وصل العين إلى يده، ويؤمر بالرد إلى البائع في فصل الإقرار الصريح، ولا يؤمر في فصل المساومة.

وبيانه: اشترى متاعاً من إنسان وقبضه ثم إن أبا المشتري استحقه بالبرهان من المشتري وأخذه ثم مات الأب وورثه الابن المشتري لا يؤمر برده إلى البائع، ويرجع بالثمن على البائع ويكون المتاع في يد المشتري، هذا بالإرث. ولو أقر عند البيع بأنه ملك البائع ثم استحقه أبوه من يده ثم مات الأب وورثه الابن المشتري هنا لا يرجع إلى البائع، لأنه في يده بناء على زعمه بحكم الشراء الأول لما تقرر أن القضاء للمستحق لا يوجب فسخ البيع قبل الرجوع بالثمن اهـ. كذا في جامع البزازي. قوله: (والإعارة) الأولى أن يقال: الاستعارة كما في جامع الفصولين من الفصل العاشر: أي لو قبل إعارة الثوب والجارية المذكورين كان قبوله إقراراً بالملك، فإن القبول هو الذي يتأتى منه والإعارة فعل ذي اليد فكيف تكون إقراراً بالملك؟ والذي سهل ذلك وقوعها بين الاستيداع والاستيهاب.

والحاصل: أن الاستعارة هي التي تكون إقراراً بالملك للغير، أما الإعارة فهي فعل الغير. تأمل. قوله: (والاستيهاب والاستئجار) قال في الأشباه: الاستئجار إقرار بعدم الملك له على أحد القولين. وفي الحموي: إن مما يغتفر التناقض استئجار دار ثم ادعاه ملكها لأنه موضع خفاء. وقيل يجب تقييده بما إذا لم يكن ملكه فيه ظاهراً، فإنهم صرحوا بأن الراهن أو البائع وفاء إذا استأجر الرهن أو المبيع لا يصح، وهو كالصريح في عدم كون الاستئجار إقراراً بعدم الملك له اهـ. ومثله في الحواشي الرملية.

قال العلامة الحموي: قيل عليه الاستئجار إقرار بعدم الملك له اتفاقاً، وإنما الخلاف في كونه إقراراً لذي اليد بالملك فقد اشتبه على صاحب الأشباه الأول بالثاني فأجرى الخلاف بالأول كما في الثاني، وهو سهو عظيم، ورد بأن الضمير في له راجع للمؤخر، والقرينة عليه قوله: على أحد القولين اهـ. وهو بعيد جداً. وقد صحح العمادي كلا القولين في فصوله في الفصل السادس.

ولو من وكيل، فكل ذلك إقرار بملك ذي اليد فيمنع دعواه

وفي الأشباه: إلا إذا استأجر المولى عبده من نفسه لم يكن إقراراً بحريته كما في القنية. قوله: (ولو من وكيل) أي وكيل واضع اليد والاستنكاح في الأمة يمنع دعوى الملك فيها ودعواه في الحرة يمنع دعوى نكاحها. كذا في الدرر. قوله: (فيمتنع دعواه لنفسه ولغيره الخ) قال في الشرنبلالية: كون هذه الأشياء إقراراً بعدم الملك للمباشر متفق عليه، وأما كونها إقراراً بالملك لذي اليد ففيه روايتان على رواية الجامع يفيد الملك لذي اليد، وعلى رواية الزيادات لا وهو الصحيح. كذا في الصغرى.

قال في عدة الفتاوى: الاستعارة والاستيداع والاستيهاب من المدعى عليه أو من غيره، وكذا الشراء والمساومة وما أشبهه من الإجارة وغيرها تمنع صاحبها من دعوى الملك لنفسه ولغيره.

قال صاحب جامع الفصولين أقول: كون هذه الأشياء إقراراً بعدم الملك للمباشر ظاهر، وأما كونها إقراراً بالملك لذي اليد ففيه روايتان كما سيأتي قريباً. قال: والظاهر عندي أن مجرد ذلك ليس بإقرار لذي اليد، إذ قد يفعل مع وكيل المالك فلا يكون إقراراً بالملك لذي اليد، فلا بد أن يميز بالقرائن فيجعل إقراراً في موضع دون موضع بحسب القرائن، فعلى هذا ينبغي أن تصح دعواه لغيره في بعض المواضع لا في بعضها، فإن برهن المدعى عليه على وكيل الخصومة أنه سبقت منه مساومة أو استعارة أو نحوهما عزل من الوكالة، لأنه لو فعله عند القاضي عزله والموكل على حقه لو شرط أن إقراره عليه لا يجوز.

قال صاحب نور العين: قوله لو شرط الخ مستدرك، إذ لو صدر ذلك من الوكيل في غير مجلس القاضي لا يعتبر، فلا حاجة إلى الشرط المذكور، هذا إذا كان قوله والموكل على حقه معطوفاً على قوله عزل من الوكالة، أما إذا كان معطوفاً على قوله فعله عند القاضي عزله فلا استدراك حينئذ، لكن مسألة الأولى ناقصة، حيث لم يتعرض فيها إلى كون الموكل على حقه أو لا في صورة مساومة وكيله في غير مجلس القاضي، وهذا قصور وإبهام في مقام بيان وإعلام كما لا يخفى على ذوي الأعلام اهـ. وفيه الاستيام هل هو إقرار؟ وفيه روايتان، على رواية الزيادات يكون إقراراً بكونه ملك البائع. وفي رواية لا يكون إقراراً والأول أصح. وعلى الروايتين لا تسمع دعواه بعد الاستيام، والاستيام من غير البائع كالاستيام من البائع والاستيداع والاستعارة والاستيهاب والاستئجار والإقرار بأنه لذي اليد سواء ادعاه لنفسه أو لغيره. ولو أقيمت البينة على أن الوكيل ساومه في مجلس القضاء خرج من الخصومة هو وموكله أيضاً، ولو كانت المساومة في غير مجلس القضاء خرج هو من الخصومة دون موكله اهـ. وفي جامع الفصولين صحح رواية إفادته الملك، فاختلف التصحيح للروايتين، ويبتني على عدم إفادته المدعى عليه جواز دعوى المقر بها لغيره اهـ. ونقل

لنفسه ولغيره بوكالة أو وصاية للتناقض، بخلاف إبرائه عن جميع الدعاوى ثم الدعوى بهما لعدم التناقض. ذكره في الدرر قبيل الإقرار.

السائحاني عن الأنقروي أن الأكثر على تصحيح ما في الزيادات وأنه ظاهر الرواية اهـ.

قلت: فيفتى به لترجحه بكون ظاهر الرواية وإن اختلف التصحيح كما تقدم.

أقول: ومثل ما تقدم من الاستعارة والاستيداع وأخواتها الاقتسام. قال في جامع الفصولين رامزاً لفتاوى رشيد الدين: قسم تركة بين ورثة أو قبل تولية توقف أو وصاية في تركة بعد العلم، واليقين بأن هذا تركة أو وقف ثم ادعاه لنفسه لا تسمع اهـ. وتمامه فيه. قوله: (فيمتنع دعواه لنفسه) هذا متفق عليه، وأما كونه إقراراً بالملك لذي اليد ففيه روايتان مصححتان كما علمت. قوله: (ولغيره) قال في جامع الفصولين: الحاصل من جملة ما مر: أن المدعي لو صدر عنه ما يدل على أن المدعي ملك المدعى عليه تبطل دعواه لنفسه، ولغيره للتناقض، ولو صدر عنه ما يدل على عدم ملكه ولا يدل على عدم ملك المدعى عليه بطل دعواه لنفسه لا لغيره لأنه إقرار بعدم ملكه لا بملك المدعى عليه، ولو صدر عنه ما يحتمل الإقرار وعدمه فالترجيح بالقرائن، وإلا فلا يكون إقراراً للشك اهـ. قوله: (بوكالة أو وصاية) يعني إذا أقر الرجل بمال أنه لفلان، ثم ادعاه لنفسه لم يصح، وكذا إذا ادعاه بوكالة أو وصاية لورثة موصيه لأن فيه تناقضاً، لأن المال الواحد لا يكون لشخصين في حالة واحدة كما في الدرر. قوله: (للتناقض) علته ما إذا كان لا يخفى سببه كما تقدم. قوله: (بخلاف إبرائه) أي لو أبرأه من جميع الدعاوى ثم ادعى عليه بوكالة للغير أو ليتيم هو وصيه صح لعدم التناقض، لأنه إنما أبرأه عن حق نفسه لا عن حق غيره. قوله: (بهما) أي بالوكالة والوصاية. قوله: (لعدم التناقض) لأن إبراءه الرجل عن جميع الدعوى المتعلقة بماله لا يقتضي عدم صحة دعوى مال لغيره على ذلك الرجل. درر. قوله: (ذكره في الدرر) الضمير راجع إلى المذكور متناً من قوله: وكذا الخ سوى الإعادة وإلى المذكور شرحاً، فجميع ذلك مذكور فيه، والضمير في قوله وصححه في الجامع الخ راجع إلى ما في المتن فقط، يدل عليه قول المصنف في المنح، وممن صرح بكونه إقراراً منلا خسرو. وفي النظم الوهباني لعبد البر ذكر خلافاً.

ثم قال والحاصل: أن رواية الجامع أن الاستيام والاستئجار والاستعارة ونحوها إقرار بالملك للمساوم منه والمستأجر منه، ورواية الزيادات أنه لا يكون ذلك إقراراً بالملكية وهو الصحيح. كذا في العمادية. وحكى فيها اتفاق الروايات على أنه لا ملك للمساوم ونحوه فيه، وعلى هذا الخلاف يبتنى صحة دعواه ملكاً لما ساوم فيه لنفسه أو لغيره اهـ. وإنما جزمنا هنا بكونه إقراراً أخذاً برواية الجامع الصغير، والله تعالى أعلم اهـ.

قال السائحاني: ويظهر لي أنه إن أبدى عذراً يفتى بما في الزيادات من أن الاستيام

وصححه في الجامع خلافاً لتصحيح الوهبانية، ووفق شارحها الشرنبلالي بأنه إن قال بعني هذا كان إقراراً، وإن قال أتبيع هذا لا يؤيده مسألة كتبته وختمه على صك البيع فإنه ليس بإقرار بعدم ملكه

ونحوه لا يكون إقراراً، وفي العمادية وهو الصحيح. وفي السراجية أنه الأصح. ونقلنا عن الأنقروي أنه قال، والأكثر على تصحيح ما في الزيادات وأنه ظاهر الرواية اهـ.

أقول: لكن في الاستيام لنفسه على كل من الروايتين يكون إقراراً بأنه لا ملك له فيه فكيف يدعيه لنفسه؟ نعم له أن يدعيه لغيره لعدم التناقض بناء على رواية الزيادات، ومما يؤيد ذلك ما نذكره قريباً في القولة الآتية في التتمة حتى لو برهن يكون دفعاً. تأمل.
قوله: (وصححه في الجامع) أي صحح ما مر من أن الاستيام والاستعارة والاستئجار ونحوها إقرار بالملك للمساوم منه والمستعار منه، والمستأجر منه، والمراد بالجامع جامع الفصولين، وهذه رواية الجامع للإمام محمد.

تتمة: الاستشراء من غير المدعى عليه في كونه إقراراً بأنه لا ملك للمدعي كالاستشراء من المدعى عليه حتى لو برهن يكون دفعاً قال في جامع الفصولين بعد نقله عن الصغرى: أقول ينبغي أن يكون الاستيداع وكذا الاستيهاب ونحوه كالاستشراء.
قوله: (خلافاً لتصحيح الوهبانية) أي في مسألة الاستيام، لأن البيع يحتمل أن يكون في يد البائع عارية أو غصباً أو يكون وكيلاً أو فضولياً، فلم يقتض ثبوت الملك للبائع. كذا ذكره ابن وهبان، وهذا ما في الزيادات. قوله: (ووفق شارحها الشرنبلالي) أي بين ما في الجامع والزيادات. قوله: (بأنه إن قال بعني هذا) أي مثلاً أو هبني أو أجرني ونحوه.
قوله: (كان إقراراً) أي اعترافاً له بالملك لأنه جازم بأنه ملكه، وقد طلب شراءه منه أو هبته أو إجارته. قوله: (وإن قال أتبيع هذا) أو هل أنت بائع هذا لا يكون إقراراً من استفهاماً، لأنه يحتمل أن يقصد بذلك استظهار حاله، هل يدعي الملكية وجواز البيع له أو لا؟ أو يكون مراده طلب إشهاد على إقراره بإرادة بيع ملك القائل؟ فيلزمه به بعد ذلك: أي بإقراره الضمني بناء على رواية الجامع، وتنتفي بهذه المسألة برواية الزيادات، لكن قد يقال: إن ما ذكره لا يصلح أن يكون توفيقاً بين القولين بل هو تفصيل في كون المذكورات قد يكون بعضها إقراراً بعدم ملك المقر، وقد يكون ملك المقر، فتأمل.

والحاصل: أنه إذا قال بعني إياه إنما يصح ذلك فيما إذا كان مملوكاً للمخاطب، فإن الإنسان لا يطلب من غيره أن يبيعه مال نفسه، فيكون ذلك اعترافاً منه له بالملك فلا يدعيه بعد ذلك لنفسه، ولا لغيره. وإن قال أتبيع فلعله يريد أن يبيعه لو وكالة عنه أو فضولاً فلا يكون إقراراً له بالملك. قوله: (صك البيع) أي وثيقة المبايعة. قوله: (فإنه) أي ما ذكر من كتابة الاسم والختم. قوله: (ليس بإقرار بعدم ملكه) أي مما مر أول أو

ساو: أي فله أن يدعيه بعد ذلك لنفسه ولغيره: أي فقوله تبيع هذا أولى بأن لا يكون إقراراً بعدم ملكه، وصورة مسألة كتابته وختمه على صك البيع: هي أنه لو كتب شهادته وختم عليها على صك فيه بيع فلان لا يكون اعترافاً منه بالبيع، فإن الإنسان قد يبيع مال غيره فضولاً، بخلاف ما لو كان الصك مكتوباً فيه بيعاً صحيحاً أو نافذاً. فإن كتابة الشهادة عليه حينئذ تكون اعترافاً له بالملك، فلا يصح بعد ذلك أن يدعيه لنفسه، وكذلك هنا إذا قال بعنيه إنما يصح ذلك فيما إذا كان مملوكاً للمخاطب، فإن الإنسان لا يطلب من غيره أن يبيعه مال نفسه إلى آخر ما قدمناه، ويجب تقييده أيضاً بغير أحد الزوجين وذي الرحم المحرم وبما إذا لم يصرح في صك البيع.

مهمة: في البزازية عن الزيادات: ساوم ثوباً ثم ادعى أنه كان له قبل المساومة أو كان لأبيه يوم مات قبل ذلك وتركه ميراثاً لا يسمع. أما لو قال كان لأبي وكفلت بالبيع فساومته ولم ينفق البيع يسمع، ولو ادعاه أبوه يسمع أيضاً، وكذا لو قال قضى لأبي ومات قبل ذلك بقبض وتركه ميراثاً لي يسمع أيضاً، وإن لم يقض للأب حتى مات وتركه ميراثاً لا يقضي، لأن دوام الخصومة شرط ولا يمكن، لأنه لا يصلح خصماً بعد المساومة. وعلى هذا لو ادعى رجل شراء ثوب وشهدا له بالشراء من المدعى عليه وقضى أولاً ثم زعم أحد الشاهدين أن الثوب له أو لأبيه وورثه هو عنه لا يسمع دعواه لما قلنا. ولو قال عند الشهادة هذا الثوب باعه منه هذا لكنه لي أو لأبي ورثته عنه يقضى بالبيع ويسمع دعوى الشاهد، فإذا برهن على مدعاه قضى له لانعدام التناقض، ولو قال قولاً ولم يؤديا الشهادة ثم ادعاه لنفسه أو أنه لأبيه وكله بالطلب يقبل، وكذا إذا شهد به الاستئجار أو الاستيداع أو الاستيهاب أو الاستعارة من المدعي بطل دعواه لنفسه أو لغيره وسواء طلب تحقيق هذه العقود المدعي من المدعى عليه أو غيره، لو ساوم ثم ادعاه مع الآخر يقبل في نصيب الآخر، ولا يقبل في نصيب المساوم، ومساومة الابن لا تمنع دعوى الأب، لكن بعد موت الأب لا يملك الدعوى، وإن كان الأب ادعاه وقضى له به أخذه الابن، وقبل القضاء لا لما مر آنفاً ولو برهن.

وفي الأقضية: ساوم ولد جارية أو زرع أرض أو ثمرة نخل ثم برهن على أن الأصل ملكه تقبل، وإن ادعى الفرع مع الأصل يقبل في حق الأصل لا الفرع، فعلى هذا لو ادعى شجراً فقال المدعى عليه ساومني ثمره أو اشترى مني لا يكون دفعاً لجواز أن يكون الشجر له والثمر لغيره.

وفي الخزانة: ادعى عليه شيئاً فقال اشتريته من فلان وأجزت البيع لا يكون دفعاً، لأن الإنسان قد يجيز بيع الغير ملك الغير.

(و) له عليّ (مائة ودرهم كلها دراهم) وكذا المكيل والموزون

وفي المحيط: برهن على أن هذا الكرم له فبرهن المدعى عليه أنه كان أجر منه نفسه في عمل هذا الكرم يندفع.

وفي المنتقى: استأجر ثوباً ثم برهن أنه لابنه الصغير تقبل. قال القاضي هذا على الرواية التي جعل الاستئجار ونحوه إقراراً بعدم الملك له، فعدم كونه ملكاً يمنع كونه ملكاً لغيره. فجاز أن يترتب عن الغير. فأما على الرواية التي تكون إقراراً بأنه ملك للمطلوب لا تسمع الدعوى لغيره كما لا تسمع لنفسه اهـ. قوله: (مائة ودرهم) وكذا لو قال مائة ودرهمان أو مائة وثلاثة دراهم كما في الخانية، وعليه التضمين الآتي، والمراد بدرهم مال مقدر فشمل الدينار وسائر الموزونات والمكيل.

والحاصل: أنه إذا ذكر بعد عقد من الأعداد شيء من المقدرات أو عدد مضاف نحو مائة وثلاثة أثواب أو أفراس يكون بياناً، وإلا فلا يكون بياناً كما في المنح. قوله: (كلها دراهم) أي فيلزمه مائة درهم ودرهم في قوله له عليّ مائة ودرهم. قال في المختار ولو قال له عليّ مائة ودرهم فالكل دراهم وكذا كل ما يكال ويوزن.

واعلم أن صاحب الدرر ذكر تمييز المائة بصيغة الجمع، ولفظه إذا قال له عليّ مائة ودرهم لزمه مائة دراهم ودرهم، وتعقبه عزمي بأن الصواب مائة درهم بالإفراد، واستدل بما في المقدمة الحاجبية حيث قال: وتمييز مائة وألف مخفوض مفرد اهـ. واعترضه أيضاً عبد الحليم بأن الألف في دراهم من طغيان القلم، لأن تمييز مائة مفرد لا غير. وأجاب شيخ المولى أبو السعود بأن دعوى التصويب ساقطة، وما ذكره ابن الحاجب في المقدمة هو الكثير، وما وقع لصاحب الدرر حيث أضاف المائة إلى الجمع قليل، وليس بخطأ، ومنه قراءة حمزة والكسائي ﴿وَلَبِثُوا فِي كَهْفِهِمْ ثَلَاثَ مِائَةٍ سِنِينَ﴾ [الكهف: ٢٥] بإضافة مائة إلى سنين.

والحاصل أن العدد المضاف على قسمين. أحدهما: ما لا يضاف إلا إلى جمع وهو ثلاثة إلى عشرة. والثاني: ما لا يضاف كثيراً إلا إلى مفرد وهو مائة وألف وتثنيتهما نحو مائتا درهم وألفا درهم الخ. قوله: (وكذا المكيل والموزون) كمائة وقفيز حنطة أو رطل كذا، ولو قال له نصف درهم ودينار وثوب فعليه نصف كل منها، وكذا نصف هذا العبد وهذه الجارية، لأن الكلام كله وقع على شيء بعينه أو بغير عينه فينصرف النصف إلى الكل، بخلاف ما لو كان بعضه غير معين كنصف هذا الدينار ودرهم يجب عليه نصف الدينار والدرهم كله. قاله الزيلعي.

وأصله: أن الكلام إذا كان كله على شيء بعينه أو كان كله على شيء بغير عينه فهو كله على الأنصاف، وإن كان أحدهما بعينه والآخر بغير عينه فالنصف على الأول منهما.

استحساناً (وفي مائة وثوب ومائة وثوبان يفسر المائة) لأنها مبهمة (وفي مائة وثلاثة أثواب كلها ثياب) خلافاً للشافعي رضي الله عنه.

قلنا: الأثواب لم تذكر بحرف العطف فتصرف التفسير إليهما لاستوائهما في الحاجة إليه

لشرنبلالية. لكن قال العلامة المقدسي بعد أن عزا وجوب كل الدرهم للتبيين: فيه أن هذا على تقدير خفض الدرهم مشكل، وأما في الرفع والسكون فمسلم اهـ.

وأقول: لا إشكال على لغة الجوار، على أن المناسب على العامة عدم اعتبار الإعراب، أي فضلاً عن العوام، ولكن الأحوط الاستفسار فإن الأصل براءة الذمة فلعله قصد الجر. تأمل. قوله: (استحساناً) والقياس أن يلزمه المعطوف ويرجع في بيان المعطوف عليه إليه، وبالقياس أخذ الإمام الشافعي رحمه الله تعالى. قوله: (وفي مائة ثوب) نحو مائة وشاة ومائة وعبد. قوله: (لأنها مبهمة) قال في التبيين: وجه الاستحسان أن عطف الموزون والمكيل على عدد مبهم يكون بياناً للمبهم عادة، لأن الناس استثقلوا تكرار التفسير وهو الدرهم عند كثرة الاستعمال، وذلك فيما يجري فيه التعامل وهو ما يثبت في الذمة وهو المكيل والموزون، لأنها تثبت ديناً في الذمة سلماً وقرضاً وثمناً، واكتفوا بذكره مرة لكثرة أسبابه ودورانه في الكلام، بخلاف الثياب وغيرها مما ليس من المقدرات: أي مما لا يكال ولا يوزن، لأنها لا يكثر التعامل بها لعدم ثبوتها في الذمة بجميع المعاملات والثياب، وإن ثبتت في الذمة في السلم والنكاح إلا أنهما لا يكثران كثرة القرض والثمن، فلم يستثقلوا ذكرها لعدم دورانها في الكلام والاكتفاء بالثاني للكثرة ولم توجد فبقي على القياس، بخلاف قوله مائة وثلاثة أثواب حيث يكون الأثواب تفسيراً للمائة أيضاً، ويستوي فيه المقدرات وغيرها، لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيراً فينصرف إليهما فيكون بياناً لهما، وهذا بالإجماع لأن عادتهم جرت بذلك، ألا ترى أنهم يقولون أحد وعشرون وثلاثة وخمسون درهماً فيصرف التفسير إليهما لاستوائهما في الحاجة إليه اهـ.

قال أبو السعود: والمتقارب الذي لا تختلف آحاده بالكبر والصغر كالمكيل والموزون. قوله: (وفي مائة وثلاثة أثواب) أو دراهم أو شياه. قوله: (كلها ثياب) لأنه ذكر عددين مبهمين وأردفهما بالتفسير فصرف إليهما لعدم العاطف، وهذا بالإجماع. قوله: (خلافاً للشافعي) ظاهر كلامه أن مخالفته في هذه المسألة فقط، وليس كذلك. قال العيني: وعند الشافعي ومالك تفسير المائة إليه في الكل، وعند أحمد: المبهم من جنس المفسر في المسبين اهـ. ونحوه في الدرر. قوله: (لم تذكر بحرف العطف) بأن يقول مائة وأثواب ثلاثة كما في مائة وثوب. قوله: (فانصرف التفسير) أي بالأثواب. قوله: (إليهما) يعني أنها تكون تفسيراً لهما لاستواء المعطوف والمعطوف عليه في الحاجة إلى التفسير. قوله.

(والإقرار بدابة في إصطبل تلزمه) الدابة **(فقط)** والأصل أن ما يصلح ظرفاً إن أمكن نقله لزماه وإلا لزمه المظروف فقط خلافاً لمحمد. وإن لم يصلح لزم الأول فقط كقوله درهم في درهم. درر.

قلت: ومفاده أنه لو قال دابة في خيمة لزماه، ولو قال ثوب في درهم لزمه الثوب، ولم أره فليحرر.

(فتلزمه الدابة فقط) لأن غصب العقار لا يتحقق عندهما، وعلى قياس قول محمد يضمنهما. قوله: **(والأصل أن ما يصلح ظرفاً إن أمكن نقله)** كتمر في قوصرة لزماه، ومثله طعام في جوالق أو في سفينة. قوله: **(لزماه)** لأن الإقرار بالغصب إخبار عن نقله، ونقل المظروف حال كونه مظروفاً لا يتصور إلا بنقل الظرف فصار إقراراً بغصبهما ضرورة؛ ويرجع في البيان إليه لأنه لم يعين. هكذا قرر في غاية البيان وغيرها هنا وفيما بعده، وظاهره قصره على الإقرار بالغصب، ويؤيده ما في الخانية: له علي ثوب أو عبد صح، ويقضي بقيمة وسط عند أبي يوسف، وقال محمد: القول له في القيمة اهـ.

وفي البحر والأشباه: لا يلزمه شيء اهـ. ولعله قول الإمام، وهذا يدل على أن ما هنا قاصر على الغصب، وإلا لزمه القيمة أو لم يلزمه شيء، ثم رأيته في الشرنبلالية عن الجوهرة حيث قال: إن أضاف ما أقر به إلى فعل بأن قال غصبت منه تمراً في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وإلا يضفه إلى فعل، بل ذكره ابتداء وقال له علي تمر في قوصرة فعليه التمر دون القوصرة، لأن الإقرار قول والقول يميز البعض دون البعض، كما لو قال بعت له زعفراناً في سلة اهـ. ولله تعالى الحمد. ومثله في حاشية أبي السعود على منلا مسكين، ولعل المراد بقوله فعليه التمر: قيمته. تأمل اهـ. سيدي الوالد رحمه الله تعالى.

أقول: ولعل عليه التمر لا قيمته لأنه مثلي. تأمل. قوله: **(وإلا لزم المظروف فقط)** وهذا عندهما، لأن الغصب الموجب الضمان لا يتحقق في غير المنقول، ولو ادعى أنه لم ينقل لم يصدق لأنه أقر بغصب تام لأنه مطلق فيحمل على الكمال. قوله: **(خلافاً لمحمد)** بناء على غصب العقار فعندهما غير متصور، فيكون الإقرار بالمظروف فقط، وعنده متصور فيكون إقراراً بالظرف والمظروف. قوله: **(وإن لم يصلح)** أي ما جعل ظرفاً صورة وهو قوله في درهم، والدرهم لا يصلح أن يكون ظرفاً للدرهم فيكون قوله في درهم لغواً ويلزمه درهم فقط. قوله: **(في خيمة)** فيه أن الخيمة لا تسمى ظرفاً حقيقة، والمنح كونه ظرفاً حقيقة كما في المنح. قوله: **(فليحرر)** هو ظاهر الحكم أخذاً من الأصل، ويدل عليه ما يأتي متناً وهو قوله ثوب في منديل أو ثوب، بل هنا أولى.

وفي غاية البيان: ولو قال غصبتك كذا في كذا والثاني مما يكون وعاء للأول لزماه، وفيها: ولو قال علي درهم في قفيز حنطة لزمه الدرهم فقط وإن صلح القفيز ظرفاً، بيانه

(وبخاتم) تلزمه **(حلقته وفصه)** جميعاً **(وبسيف جفنه)** وحمائلة ونصله **(وبحجلة)** بحاء فجيم بيت مزين بستور وسرر **(للعيدان والكسوة)** وبتمر في قوصرة أو بطعام

ما قال خواهر زاده: إنه أقر بدرهم في الذمة وما فيها لا يتصور أن يكون مظروفاً في شيء آخر اهـ. ونحوه في الإسبيجابي.

واستظهر سيدي الوالد رحمه الله تعالى أن هذا في الإقرار ابتداء، أما في الغصب فيلزمه الظرف أيضاً كما في غصبته درهماً في كيس بناء على ما قدمناه ويفيده التعليل، وعلى هذا التفصيل درهم في ثوب. تأمل. قوله: **(وبخاتم)** بأن يقول هذا الخاتم لك. قوله: **(تلزمه حلقته)** الحلقة بسكون اللام في حلقة الباب وغيره، والجمع حلق بفتحتين على غير قياس. وقال الأصمعي بكسر الأولى كقصعة وقصع وبدرة وبدر، وحكى يونس عن ابن العلاء أن الفتح لغة في السكون ط. قوله: **(وفصه)** هو ما يركب في الخاتم من غيره، وفي القاموس: الفص للخاتم مثلثة، والكسر غير لحن. قوله: **(جميعاً)** لأن اسم الخاتم يشملهما، ولهذا يدخل الفص في بيع الخاتم من غير تسمية. ط عن الشلبي. قوله: **(جفنه)** بفتح الجيم غمده وقرابه. قوله: **(وحمائله)** جمع حمالة بكسر الحاء علاقته ط. وهي ما يشد به السيف على الخاصرة قطعة جلد، ونحوها قال الأصمعي: لا واحد لها من لفظها، وإنما واحدها محمل. عيني. قوله: **(ونصله)** حديده لأن اسم السيف يطلق على الكل. قوله: **(بيت مزين بستور وسرر)** ومقتضى هذا التفسير أن يلزم البيت أيضاً، وفي الحموي: وقيل يتخذ من خشب وثياب وهو ظاهر. وفي العيني: هو بيت يزين بالثياب والأسرة والستور، ويجمع على حجال. قال منلا مسكين: واسمه بشخانه، وقيل خرشمانه اهـ. ويقال لها الآن: الناموسية، والظاهر لزومها لأنها من مفهومها، وصدق الاسم على الكل كما لزمته العلاقة لصدق السيف عليها، ويمكن الفرق بالاتصال وعدمه. تأمل. قوله: **(العيدان)** بضم النون جمع عود كدود جمعه ديدان والدود جمع دودة. صحاح. قوله: **(في قوصرة)** بالتشديد وقد تخفف. مختار الصحاح. قال صاحب الجمهرة: أما القوصرة فأحسبها دخيلاً، وقد روي: [الرجز]

أَفْلَحَ مَنْ كَانَتْ لَهُ قَوْصَرَهْ ... يَأْكُلُ مِنْهَا كُلَّ يَوْمٍ مَرَّةْ

ثم قال: ولا أدري ما صحة هذا البيت اهـ. وهي وعاء التمر منسوخ من قصب، ويسمى بها ما دام التمر فيها، وإلا فهي تسمى بالزنبيل كما في المغرب.

أقول: والزنبيل معروف، ويسمى في عرف الشام قفة، فإذا كسرته شددت[1] فقلت زنبيل، لأنه ليس في الكلام فعليل بالفتح. كذا في الصحاح. بقي أن يقال: مقتضى قوله

---

(١) في ط (قوله شددت الخ) كذا بالأصل، ونص الصحاح والزنبيل معروف، فإذا كسرته شددت فقلت زنبيل أو زنبيل الخ.

(في جوالق أو) في (سفينة أو ثوب في منديل أو) في (ثوب يلزمه الظرف كالمظروف) لما قدمناه (ومن قوصرة) مثلاً (لا) تلزمه القوصرة ونحوها (كثوب في عشرة وطعام في بيت) فيلزمه المظروف فقط لما مر، إذ العشرة لا تكون ظرفاً لواحد عادة (وبخمسة في خمسة وعني) بمعنى على أو (الضرب خمسة)

فإذا كسرته الخ يفيد جواز الفتح، وقوله لأنه ليس في كلام العرب الخ يقتضي عدم جوازه، وعبارة القاموس تفيد جوازه مع القلة. قوله: (جوالق) كصحائف جمع جوالق بكسر الجيم واللام وبضم الجيم وفتح اللام وكسرها وعاء معروف. قاموس: أي وهو العدل. قوله: (أو ثوب في منديل) لأنه ظرف له، وهو ممكن حقيقة فينصرف إليه على ما بينا. زيلعي. والمنديل بكسر الميم. قال في المغرب: تمندل بمنديل خيش[1] أي شده برأسه، ويقال تندلت بالمنديل وتمندلت: أي تمسحت به. حموي. قوله: (يلزمه الظرف كالمظروف لما قدمناه) أي من أن الصالح للظرفية حقيقة إن أمكن نقله لزماه، وإلا لزم المظروف فقط عندهما، وكذا لو أقر بأرض أو دار يدخل البناء والأشجار إذا كانا فيهما حتى لو أقام المقر بينة بعد ذلك أن البناء والأشجار والفص والجفن والعيدان لي لم يصدق ولم تقبل بينته كما في المنح وغيره، بخلاف ما لو قال هذه الدار لفلان إلا بناؤها فإنه لي، وكذا في سائرها، وإن لم يصح الاستثناء، ويكون الكل للمقر له، إلا أنه لو أقام البينة تقبل كما في الخانية. قوله: (لا تلزمه القوصرة) لأن من للانتزاع فكان إقراراً بالمنتزع. قوله: (كثوب في عشرة وطعام في بيت) هو على قولهما، وقياس محمد لزومهما. قوله: (فيلزمه المظروف فقط) عندهما. وألزمه محمد الكل لأن النفيس قد يلف في عشرة، ونوقض بما لو قال كرباس في عشرة حريراً. قوله: (لا تكون ظرفاً لواحد عادة) والممتنع عادة كالممتنع حقيقة. وفي قد تأتي بمعنى بين: أي على معنى البين والوسط مجازاً كقوله تعالى: ﴿فَادْخُلِي فِي عِبَادِي﴾ [الفجر: ٢٩] فوقع الشك والأصل براءة الذمة والمال لا يجب مع الاحتمال، وفي كلام الشرح أن في الآية بمعنى مع. قوله: (وعنى معنى على) لأن غصب الشيء من محل لا يكون مقتضياً غصب المحل كما في النهاية عن المبسوط. زيلعي في تعليل قوله بخلاف ما إذا قال غصبت إكافاً على حمار حيث يلزمه الإكاف دون الحمار، لأن الحمار مذكور لبيان محل المغصوب حين أخذه فيقال هنا إذا قال خمسة في خمسة، وعنى على فقد أقر باغتصاب خمسة مستقرة على خمسة، فالمغصوب هو الخمسة المستقرة والخمسة المستقر عليها مذكور لبيان محل المغصوب حين أخذه، وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضياً بالغصب المحل. تأمل. قوله: (أو الضرب خمسة) لأن أثر الضرب في تكثير الأجزاء لا في تكثير المال. درر.

---

(١) في ط (قوله خيش) هكذا بالأصل.

لما مر وألزمه زفر بخمسة وعشرين (وعشرة إن عنى مع) كما مر في الطلاق (ومن

قال في الولوالجية: إن عنى بعشرة في عشرة الضرب فقط أو الضرب وتكثير الأجزاء فعشرة، وإن نوى بالضرب تكثير العين لزمه مائة. قوله: (لما مر) أي في الطلاق من أن الضرب يكثر الأجزاء لا المال، فإذا قلت: خمسة في خمسة تريد به أن كل درهم من الخمسة مثلاً خمسة أجزاء.

وفي الولوالجية: أي فيما إذا قال له علي عشرة في عشرة إن نوى الضرب إن قال نويت تكثير الأجزاء لا يلزمه إلا عشرة، وإن نوى تكثير العين لزمه مائة، وإن نوى الضرب ولم ينو شيئاً آخر لزمه عشرة حملاً على نية الأجزاء اهـ. وهذا يقتضي ثبوت خلاف في هذه الصورة ونحوها، ومعلوم أن ذلك عند التجاحد، أما عند الاتفاق فالأمر ظاهر قوله: (وألزمه زفر بخمسة وعشرين) وهو قول الحسن بن زياد، وفي الشارح. وقال زفر: عليه عشرة، فلعل عن زفر روايتين: وفي التقريب ذكر أن مذهب زفر مثل قول الحسن كما ذكره العيني مخالفاً للزيلعي.

قال في التبيين: وقال زفر عليه عشرة وقال الحسن بن زياد خمسة وعشرون، لعرف الحساب، لأنهم يريدون به ارتفاع أحد العددين بقدر العدد الآخر، ولزفر أن حرف في يستعمل بمعنى مع، وإن ما يراد به ارتفع أحد العددين بقدر الآخر عند الخواص من الناس فتعين المجاز المتعارف بين الناس، وقلنا: لما تعذرت الحقيقة وهي الظرفية لغا، ولا يصار إلى المجاز لأن المجاز متعارض لأنها تستعمل بمعنى الواو وبمعنى مع وبمعنى على، وليس حملها على البعض أولى من البعض فلغت اهـ ملخصاً. قوله: (وعشرة إن عنى مع) لأن اللفظ يحتمل للنية فقد نوى محتمل كلامه فيصدق، وفي البيانية على درهم مع درهم أو معه درهم لزماه، وكذا قبله أو بعده، وكذا درهم فدرهم أو ودرهم، بخلاف درهم على درهم، أو قال درهم درهم، لأن الثاني تأكيد، وله علي درهم في قفيز بر لزمه درهم، وبطل القفيز كعكسه، وكذا له فرق زيت في عشرة مخاتيم حنطة ودرهم ثم درهمان لزمه ثلاثة ودرهم بدرهم واحد لأنه للبدلية اهـ ملخصاً.

وفي الحاوي القدسي: له علي مائة ونيف لزمه مائة والقول له في النيف، وفي قريب من ألف عليه أكثر من خمسمائة والقول له في الزيادة. قوله: (كما مر في الطلاق) من أنه لو قال أنت طالق واحدة في ثنتين طلق واحدة إن لم ينو أو نوى الضرب، وإن نوى واحدة وثنتين فثلاث، وإن نوى مع الثنتين فثلاث، وبثنتين في ثنتين بنية الضرب ثنتان، وإن نوى الواو أو مع كما مر وكذا يقال مثله في مسألتنا، فلو قال له علي عشرة في عشرة إن نوى الضرب بأن قال نويت تكثير الأجزاء لا تلزمه إلا عشرة، وإن نوى تكثير العين لزمه مائة، وإن نوى الضرب ولم ينو شيئاً آخر لزمه عشرة حملاً على نية الأجزاء كما في

درهم إلى عشرة أو ما بين درهم إلى عشرة تسعة) لدخول الغاية الأولى ضرورة، إذ لا وجود لما فوق الواحد بدونه بخلاف الثانية وما بين الحائطين.

فلذا قال (و) في له (كرّ حنطة إلى كر شعير لزماه) جميعاً (إلا قفيزاً) لأنه الغاية

الولوالجية، وهذا يقتضي ثبوت خلاف في هذه الصورة ونحوها، لأن ذلك عند الشيخين، أو عند الاتفاق فالأمر ظاهر كما مر قريباً. تأمل. قوله: (تسعة) أي عند الإمام وعندهما عشرة وعند زفر ثمانية: وهو القياس لأنه جعل الدرهم الأول والآخر حداً والحد لا يدخل في المحدود. ولهما أن الغاية يجب أن تكون موجودة إذ المعدوم لا يجوز أن يكون حداً للموجود ووجوده بوجوبه فتدخل الغايتان، وله أن الغاية لا تدخل في المغيا لأن الحد يغاير المحدود، لكن هنا لا بد من إدخال الأولى لأن الدرهم الثاني والثالث لا يتحقق بدون الأول، فدخلت الأولى ضرورة ولا ضرورة في الثانية. درر.

وفي المنح: ولأن العدد يقتضي ابتداء، فإذا أخرجنا الأول من أن يكون ابتداء صار الثاني هو الأول فيخرج هو أيضاً من أن يكون ابتداء كالأول، وكذا الثالث والرابع إلخ فيؤدي إلى خروج الكل من أن يكون واجباً وهو باطل اهـ.

والمراد بالغاية الثانية المتمم للمذكور، فالغاية في العشرة العاشر وفي الألف الآخر الأخير[1] وهكذا، فما قاله أبو حنيفة في الغاية الأولى: استحسان، وفي الثانية: قياس، وما قالاه في الغايتين استحسان، وما قاله زفر فيهما قياس كما في قاضي زاده. قوله: (بخلاف الثانية) أي ما بعد إلى فإن للتسعة وجوداً بدون العاشر فلا دليل على دخوله فلا يدخل بالشك. قوله: (وما بين الحائطين) أي بخلاف ما بين الحائطين: أي لو قال: له في داري من هذا الحائط إلى هذا الحائط فإنهما لا يدخلان في الإقرار، لأن الغاية لا تدخل في المغيا في المحسوس ولا المبدأ، بخلاف ما تقدم، وبخلاف المعدوم فإنه لا يصلح حداً إلا بوجوده ووجوده بوجوبه، ومن ذلك لو وضع بين يديه عشرة دراهم مرتبة فقال ما بين هذا الدرهم إلى هذا الدرهم وأشار إليهما لفلان لم يدخل الدرهمان تحت الإقرار بالاتفاق كما في المنبع. قوله: (فلذا قال) أي لما كان في المعدود تدخل الغاية الأولى دون الثانية. قال. وفي له كرّ حنطة إلخ لأن الكر معدود بالقفيز عادة، فكأنه قال من قفيز إلى تمام القفزان من قفيزي حنطة وشعير، فتدخل الغاية الأولى ولا يدخل القفيز الأخير من كرّ الشعير، لأنه ذكر الشعير بعد إلى فيلزمه كرّ حنطة وكر شعير إلا قفيزاً. قال في المنح: لأن القفيز الأخير من الشعير هو الغاية الثانية. وعندهما: يلزمه الكران. قوله: (إلا قفيزاً) من شعير. قال القدوري في التقريب. قال أبو حنيفة: فمن قال لفلان عليّ ما بين كرّ شعير إلى كرّ حنطة لزمه كرّ شعير وكرّ حنطة إلا قفيزاً، ولم يجعل الغاية جميع الكرّ لأن العادة أن

---

(1) في ط: قوله: (الآخر الأخير) لعله: الفرد الأخير، كما سيأتي في هذه الصحيفة.

الثانية (ولو قال له عليّ عشرة دراهم إلى عشرة دنانير يلزمه الدراهم وتسعة دنانير) عند أبي حنيفة رضي الله عنه لما مر. عناية (وفي) له (من داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط له ما بينهما) فقط لما مر (وصح الإقرار بالحمل المحتمل وجوده وقته) أي

الغاية لا تكون أكثر الشيء ولا نصفه، والكز عبارة عن جملة من القفزان فوجب أن يصير الانتهاء إلى واحد منها اهـ. شلبي عن الإتقاني. ومثل هذا يقال في مسألة المصنف. ونقل الشلبي أيضاً عن قاضيخان: لو قال له عليّ ما بين مائة إلى مائتين في قول أبي حنيفة: يلزمه مائة وتسعة وتسعون فتدخل فيه الغاية الأولى دون الثانية. ولو قال من عشرة دراهم إلى عشرة دنانير فعنده تلزمه الدراهم وتسعة دنانير، وعندهما الكل. ذكره الزيلعي عن النهاية وانظر ما وجه لزوم الكز من الشعير إلا قفيزاً مع أنه جعل الغاية نفس الكر. قوله: (لما مر) أي من أن الغاية الثانية لا تدخل لعدم الضرورة، والغاية الأولى داخلة لضرورة بناء العدد عليها.

واعلم أن المراد بالغاية الثانية المتمم للمذكور، فالغاية في إلى عشرة العاشر، وفي إلى ألف الفرد الأخير، وهكذا على ما يظهر لي.

قال المقدسي: ذكر الإتقاني عن الحسن أنه لو قال من درهم إلى دينار لم يلزمه الدينار، وفي الأشباه عليّ من شاة إلى بقرة لم يلزمه شيء سواء كان بعينه أو لا. ورأيت معزياً لشرحها قال أبو يوسف: إذا كان بغير عينه فهما عليه ولو قال ما بين درهم إلى دراهم فعليه درهم عند أبي حنيفة ودرهمان عند أبي يوسف. سائحاني. قوله: (له ما بينهما فقط) أي دون الحائطين لقيامهما بأنفسهما. شرنبلالية عن البرهان. وعلل المسألة في الدرر تبعاً للزيلعي بقوله. لما ذكرنا أن الغاية لا تدخل في المغيا اهـ. ولا يخفى ما فيه بالنسبة للمبدأ لدخوله فيما سبق، بخلاف ما هنا، ولهذا زاد العيني على ما اقتصر عليه الزيلعي حيث قال: لأن الغاية لا تدخل في المحسوس ولا المبدأ، بخلاف ما تقدم اهـ. وقدمناه قريباً. قوله: (لما مر) لم يقدم له تعليلاً، وإنما ذكر مخالفته لقوله من درهم إلى عشرة أو بين درهم إلى عشرة، وقد ذكره في المنح بقوله: بخلاف ما ذكر من المحسوس لأنه موجود فيصلح حداً فلا يدخلان اهـ. والمحسوس هو هذه المسألة ط. قوله: (وصح الإقرار بالحمل) سواء كان حمل أمة أو غيرها بأن يقول حمل أمتي أو حمل شاتي لفلان، وإن لم يبين له سبباً، لأن لتصحيحه وجهاً وهو الوصية من غيره، كأن أوصى رجل بحمل شاة مثلاً لآخر ومات فأقر ابنه بذلك فحمل عليه. حموي. قوله: (المحتمل) اسم فاعل من احتمل: أي يصح أن يحمل عليه لفظ الوجود فيقال: هذا الحمل موجود وهو أعم من كونه لأنه ماله أولاً[1]، فإنها إذا ولدت بعده لدون نصف حول كان موجوداً

---

(١) في ط (قوله لأنه ماله أولاً) هكذا بالأصل.

وقت الإقرار بأن تلد لدون نصف حول لو مزوجة أو لدون حولين لو معتدة لثبوت نسبه (ولو) الحمل (غير آدمي) ويقدر بأدنى مدة يتصور ذلك عند أهل الخبرة. زيلعي.

لكن في الجوهرة: أقل مدة حمل الشاة أربعة أشهر، وأقله لبقية الدواب ستة أشهر (و) صح (له

عقلاً وللدون حولين لو معتدة غير عقلي، لكنه ممكن، ويمكن أن يقال: إنه محقق شرعاً لثبوت نسبه. وكذا غير الآدمي إذا قدر بأدنى مدة الحمل المتصورة فيه كان محققاً وجوده، فلو قال المعلوم وجوده أو المحتمل كما في التبيين لكان أظهر، ويستغني عن التكلف، والقصر على المعلوم وجوده لما علم في مسألة المعتدة أنه معلوم شرعاً، ولعل أصل العبارة كالتبيين فسقط لفظ المعلوم من قلم الناسخ مع أنه يرد على قوله المحتمل ما لو جاءت به المزوجة لدون سنتين، فإنه محتمل وجوده بمعنى الإمكان، مع أنه لا يصح الإقرار به حينئذ فتعين الاقتصار على قولنا المعلوم وجوده، ويدخل فيه ولد المعتدة لدون السنتين كما علمت. قوله: (بأن تلد) أي الأمة. قوله: (لدون نصف حول لو مزوجة) وإنما كان كذلك لما تقرر أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، وأكثرها سنتان، فإذا كانت مزوجة وجاءت بالولد لأقل من ستة أشهر علم أنه موجود وقت الإقرار وكونه ابن الزوج لا يمنع الإقرار به لغيره، لأن ولد الأمة رقيق كما في الدرر. قوله: (أو لدون حولين لو معتدة) أي لو كانت معتدة فجاءت به لأقل من حولين يصح الإقرار به للعلم بوجوده وقت الإقرار. قوله: (لثبوت نسبه) أي أنه لما حكم الشارع بثبوت نسبه من المطلق كان حكماً بوجوده وقت الإقرار به. قوله: (ولو الحمل غير آدمي) كحمل الشاة مثلاً بأن قال حمل شاتي لفلان كما مر بشرط أن يتيقن بوجوده وقت الإقرار. قوله: (ذلك) أي الحمل ولا حاجة إليه، لأن الموضع للإضمار. قوله: (لكن في الجوهرة) الاستدراك على ما تضمنه الكلام السابق من الرجوع إلى أهل الخبرة إذ لا يلزم فيما ذكر.

مطلب: أقل مدة الحمل للآدمي وغيره

قوله: (أقل مدة حمل الشاة الخ) سيأتي في كتاب الوصايا نقلاً عن القهستاني أن أقل مدة الحمل للآدمي ستة أشهر، وللفيل إحدى عشرة، وللإبل والخيل والحمير سنة، وللبقر تسعة أشهر، وللشاة خمسة أشهر، ومثله النمر، وللسنور شهران، وللكلب أربعون يوماً، وللطير إحدى وعشرون يوماً. قوله: (وصح له) أي للحمل المحتمل وجوده وقت الإقرار بأن جاءت به لدون نصف حول أو لسنتين: أي وهي زوجة حلال وأبوه ميت، أما لو جاءت به لسنتين وأبوه حي ووطء الأم به حلال فالإقرار باطل، لأنه يحال الحادث إلى أقرب الأوقات، فلا يثبت الوجود وقت الإقرار لا حقيقة ولا حكماً. بيانية وكفاية.

إن بين) المقر (سبباً صالحاً) يتصور للحمل (كالإرث والوصية) كقوله مات أبوه فورثه أو أوصى له به فلان فيجوز، وإلا فلا كما يأتي (فإن ولدته حياً لأقل من نصف حول) مذ أقر (فله ما أقرّ وإن ولدت حيين فلهما) نصفين ولو أحدهما ذكراً والآخر أنثى فكذلك في الوصية، بخلاف الميراث (وإن ولدت ميتاً فيرد (للورثة) ذلك (الموصي والمورث) لعدم أهلية الجنين (وإن فسره بما) مما لا يتصور كهبة أو (بيع أو إقراض أو أبهم الإقرار) ولم يبين سبباً (لغا)

قوله: (إن بين سبباً صالحاً يتصور للحمل) أي يتصور ثبوته للحمل: أي بأن بين سبباً صالحاً لثبوت الحكم له. قوله: (كالإرث والوصية) الكاف استقصائية لانحصار السبب الصالح فيهما. قوله: (فورثه) الحمل واستهلكت من مال المورث ألفاً مثلاً. قوله: (وإلا) أي وإن لم يبين سبباً صالحاً بأن لم يبين سبباً أصلاً، أو بين سبباً غير صالح لا يصح الإقرار بل يلغو كما يأتي قريباً. قوله: (كما يأتي) أي في قوله وإن فسره الخ. قوله: (لأقل من نصف حول) أي بأن كانت ذات زوج أو لأقل من سنتين إن كانت معتدة، فإن ولدته لأكثر من ستة أشهر لم يستحق شيئاً. حموي. ومثله في ابن الكمال. قوله: (وإن ولدت حيين) أي ذكرين أو انثيين. قوله: (فلهما) لأن مجموعهما هو الحمل وهو خبر لمبتدأ محذوف تقديره فالموروث أو الموصى به، وقوله نصفين نصب على الحال من الضمير في الخبر: أي فهو لهما نصفين. قوله: (فكذلك) أي نصفان في الوصية، لأن المال للحمل وهو مجموعهما، ولا أرجحية لأحدهما على الآخر فيه. قوله: (بخلاف الميراث) فإن فيه للذكر مثل حظ الانثيين. قوله: (للورثة ذلك) لا حاجة إلى اسم الإشارة. قوله: (الموصي والمورث) عبارة البحر: وإن ولدت ميتاً يرد إلى ورثة الموصي أو ورثة أبيه اهـ.

قال العلامة الرملي: أقول: يعني إذا قال المقر أوصى له به فلان ثم ولد ميتاً فإنه يرد إلى ورثة الموصي الذي قال المقر: إنه أوصى للحمل، وقوله أو ورثة أبيه: يعني إن قال المقر مات أبوه فورثه فإنه يرد إلى ورثة أبيه إن ولد ميتاً عملاً بقول المقر في المسألتين. قوله: (لعدم أهلية الجنين) أي لأن هذا الإقرار في الحقيقة لهما: أي للموصي والمورث، وإنما ينتقل للجنين بعد ولادته حياً، ولم ينفصل حياً فيكون لورثتهما كما في الدرر.

والحاصل: أن الحمل لا يكون أهلاً لأن يرث ويورث، ويستحق الوصية إلا إذا خرج أكثره حياً. قوله: (كهبة) أي للحمل فإنها لا تصح له لأن حكمها ثبوت الملك للموهوب له والحمل لا يملك. قوله: (أو بيع أو إقراض) بأن قال الحمل: باع مني أو أقرضني. درر. إذ لا يتصور شيء منه من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر، ولا حكماً لأنه لا يولى عليه. قوله: (أو أبهم الإقرار ولم يبين سبباً) بأن قال لحمل فلانة كذا. قوله: (لغا)

وحمل محمد المبهم على السبب الصالح، وبه قالت الثلاثة.

أي بطل فلا يلزمه شيء أيضاً عند أبي يوسف، لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة، ولهذا حمل إقرار المأذون وأحد المتفاوضين عليه فيصير كما إذا صرح به ولا يصح، فكذا هذا. درر. قوله: (وحمل محمد المبهم على السبب الصالح) لأنه يحتمل الجواز والفساد، ولأن الإقرار إذا صدر من أهله مضافاً إلى محله كان حجة يجب العمل بها، ولا نزاع في صدوره من أهله لأنه هو المفروض وأمكن إضافته إلى محله بحمله على السبب الصالح حملاً لكلام العاقل على الصحة، كالعبد المأذون إذا أقر بدين فإن إقراره وإن احتمل الفساد بكونه صداقاً أو دين كفالة والصحة بكونه من التجارة كان صحيحاً تصحيحاً لكلام العاقل. عناية. وأبو يوسف يبطله، لأن للجواز وجهين: الوصية، والإرث، وللبطلان وجوهاً وليس أحدهما بأولى من الآخر، فحكم بالفساد، نظيره: لو شرى عبداً بألف ثم قبل النقد باعه وعبداً آخر من البائع بألف وخمسمائة وقيمتهما سواء فإنه يبطل، وإن أمكن جوازه بأن يجعل الألف أو أكثر حصة المشتري، والباقي حصة الآخر. زيلعي. وفيه نظر، إذ لا نسلم أن تعدد جهة الجواز توجب الفساد لم لا يكفي في صحة الحمل على الجواز صلاحية فرد من الوجهين، وإن لم يتعين خصوصيته؛ ألا ترى أن جهالة نفس المقر به لا تمنع صحة الإقرار اتفاقاً فكيف تمنعها جهالة سبب المقر به. حموي عن قاضي زاده، وهذا ترجيح منه لقول محمد، ويقوي بحث قاضي زاده ما ذكره في الشرنبلالية حيث قال: ولقائل أن يقول: قد تقدم من الزيلعي في الإقرار بالمجهول أنه إذا لم يبين السبب يصح، ويحمل على أنه وجب عليه بسبب تصح معه الجهالة، فما الفرق بينه وبين ما ذكر هنا من عدم حمله على السبب الموجب للصحة، على قول القائل به، وفي كل احتمال الفساد والصحة تأمل.

وفي التبيين: ولا يقال: إن ظاهر إقراره يقتضي الوجوب، فكيف يقدر على إبطاله ببيان سبب غير صالح، والإبطال رجوع عن الإقرار، وهو يملك الرجوع لأنا نقول ليس برجوع وإنما هو بيان سبب محتمل، لأنه يحتمل أن أحداً من أوليائه باعه منه فحسب أن ذلك صحيح فيقر به ويضيفه إلى الجنين عذراً اهـ ملخصاً. ثم على قول محمد: إذا صح الإقرار مع إبهام السبب ثم ولد الحمل ميتاً أو لم يوجد حمل لمن يرد المقر به يراجع. وأفاد في الزيلعي والعناية أنه تحصل أن للمسألة ثلاث صور: إما أن يبهم الإقرار فهو على الخلاف، وإما أن يبين سبباً صالحاً فيجوز بالإجماع، وإما أن يبين سبباً غير صالح فلا يجوز بالإجماع، فإن قيل: ظاهر إقراره يقتضي الوجوب، فكيف يقدر على إبطاله ببيان سبب غير صالح، والإبطال رجوع وهو في الإقرار لا يصح؟.

أجيب: بأنه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين كما لو قال: قطعت يد فلان عمداً

(و) أما (الإقرار للرضيع) فإنه (صحيح وإن بين) المقر (سبباً غير صالح منه حقيقة كالإقراض) أو ثمن مبيع (لأن) هذا (المقر محل لثبوت الدين) للصغير في الجملة. أشباه.

(أقرّ بشيء على أنه بالخيار) ثلاثة أيام (لزمه بلا خيار) لأن الإقرار إخبار فلا يقبل الخيار (وإن) وصلية (صدقه المقر له) في الخيار

أو خطأ وبعد فلان صحيحة اهـ. ثم قال المنلا عبد الحليم: وقيل أبو حنيفة مع أبي يوسف، واختار صاحب الهداية قول أبي يوسف على ما هو دأبه في ترتيب المسائل، وتبعه صاحب الوقاية حيث ترك قول محمد رأساً إشارة إلى رجحان قول أبي يوسف، وعليه أكثر الشراح حيث قووا دليله اهـ. ثم قال: فظهر أن قول أبي يوسف هو المختار وأقوى، وإن من قال ولم نظفر فيما عندي من المعتبرات ما يرجح قول أحدهما على قول الآخر أظهر عدم تتبعه كما لا يخفى اهـ. قوله: (فإنه صحيح) لأن الإقرار لا يتوقف على القبول ويثبت الملك للمقر له من غير تصديق، لكن بطلانه يتوقف على الإبطال كما في الأنقروي، وأما الإقرار للصغير فلا يتوقف على تصديقه، فيصير الشيء المقر به له ملكاً له بمجرد الإقرار، ولا يصح إقرار المقر بعد ذلك للغير كما قدمناه عن الخير الرملي موضحاً فراجعه إن شئت. قوله: (لأن هذا المقر الخ) قال العلامة الإتقاني: بخلاف ما لو أقر لرضيع أن عليه ألف درهم بالبيع أو الإجارة، لأن الرضيع من أهل أن يستحق الدين بهذا السبب بتجارة وليه، لأنه يتجر له إن كان لا يتجر هو بنفسه، بخلاف الجنين اهـ. أي فإنه لا يلي أحد عليه. قال بعض الفضلاء: الفرق بين الرضيع والحمل حيث جاز الإقرار للأول، وإن بين أنه قرض أو ثمن مبيع، ولم يجز للثاني لأنه لا يتصور البيع مع الجنين ولا يلي عليه أحد، بخلاف الصغير لثبوت الولاية عليه فيضاف إليه عقد الولي مجازاً، هكذا فهمت من كلامهم اهـ.

أقول: وجه في المحيط صحة الإقرار للصغير وإن بين سبباً غير صالح بأنه أقر بوجوب الدين بسبب، وإن لم يثبت لأنه لا يتصور من الصبي نفي الإقرار بالدين كما لو كذبه المقر له في السبب بأن قال لك علي ألف غصباً فقال المقر له بل ديناً يلزمه المال وإن لم يثبت السبب. كذا هذا ومثله في الحواشي الحموية. قوله: (في الجملة أشباه) قال محشيه الحموي: يعني لأن البيع أو القرض صدر من بعض أوليائه، فإضافته إلى الصغير مجاز انتهى. قوله: (أقرّ بشيء على أنه بالخيار الخ) يعني بأن قال له علي ألف درهم قرض أو غصب أو وديعة أو عارية قائمة أو مستهلكة على أني بالخيار ثلاثة أيام. منح. قوله: (لزمه بلا خيار) لوجود الصيغة الملزمة. قوله: (فلا يقبل الخيار) لأن المقصود من الخيار هو الفسخ، وما لم يحتمل الإقرار والفسخ لم يجز شرط الخيار له، ولزمه المال؛ لأنه إن كان

لم يعتبر تصديقه (إلا إذا أقر بعقد) بيع (وقع بالخيار له) فيصح باعتبار العقد إذا صدقه أو برهن، فلذا قال (إلا أن يكذبه المقر له) فلا يصح لأنه منكر والقول له (كإقراره بدين بسبب كفالة على أنه بالخيار في مدة ولو) المدة (طويلة) أو قصيرة فإنه

صادقاً فهو واجب العمل به، وإن لم يختر وإن كان كاذباً فهو واجب الرد فلا يتغير باختياره وعدم اختياره، وإنما تأثير اشتراط الخيار في العقود ليتخير من له الخيار بين فسخه وإمضائه. درر وعناية.

فإن قيل: الإقرار يرتد بالرد وهو فسخ. قلنا: ليس بفسخ للإقرار لأنه رفع للشيء بعد ثبوته ورد الإقرار ليس رفعاً له بعد ثبوته في حقه، بل بيان أنه غير ثابت أصلاً لأنه يحتمل الصدق والكذب، فإذا كذبه المقر له ثبت الكذب في حقه لأنه إقرار على نفسه، وإذا صح التكذيب في حقه ظهر أن الإقرار لم يثبت من الأصل، بخلاف البيع لأنه تصرف يحتمل الفسخ بعد وقوعه، لأن ما هو المقصود منه وهو الملك مما ينفسخ بانفساخ البيع لأنه ثابت به، والمقصود من فسخ السبب فسخ حكمه، فإذا كان حكم السبب محتملاً للفسخ كان السبب كذلك وعكسه. قوله: (لم يعتبر تصديقه) الأولى حذفه، بل ينبغي أن يقول: فإنه لم يعتبر لأن إن وصلية فلا جواب لها ح: أي بل جوابها مفهوم من الكلام السابق، إلا أن يقال: هذا بيان لذلك المفهوم فلا اعتراض حينئذ. قوله: (إلا إذا أقر بعقد) أي بدين لزمه بسبب عقد الخ بأن يقول له علي ألف ثمن مبيع بخيار. قوله: (وقع بالخيار له) فحينئذ يثبت الخيار له إذا صدقه المقر له أو أقام عليه بينة إلا أن يكذبه المقر له فلا يثبت الخيار، وكان القول قول المقر له كما يأتي قريباً. فإن قيل: إن لم يقبل الإقرار الفسخ فالسبب الذي به وجب المال وهو التجارة تقبل، فيجب أن يكون الخيار مشروطاً في سببه الوجود. قلنا: السبب غير مذكور، وإنما يعتبر مذكوراً ضرورة صحة الإقرار، وإذا ثبت مقتضى صحته اعتبر مذكوراً في حقه فقط دون صحة الخيار، وأما إذا قال علي ألف ثمن مبيع بخيار فيصح إن صدقه المقر له أو برهن، لأن المقر به عقد يقبل الخيار، وهو من العوارض فلا بد من التصديق أو البيان، وإن أقر بدين بسبب كفالة على أنه بالخيار مدة معلومة، ولو طويلة جاز إن صدقه، لأن الكفالة تحتمل من الجهالة والخطر ما لا يحتمله البيع، فإذا جاز شرطه فيه ففيها أولى، ثم لم يقدر فيها لأن إطلاق الخيار في البيع ينافي حكمة الملك المطلق، وحكم الخيار منع السبب من العمل، وحكم الكفالة لزوم الدين وأنه يصح مطلقاً ومقيداً. مقدسي. قوله: (لأنه منكر) للخيار في العقد الذي هو من العوارض والقول فيها للمنكر. قوله: (أو قصيرة) الأولى حذفها كما لا يخفى. حلبي. وإنما جازت الكفالة مطلقة ومقيدة لأن حكمها ها هنا لزوم الدين، وهو يصح مطلقاً ومقيداً فلا يكون اشتراط الخيار كذلك منافياً لها، بخلاف البيع فلا بد من التوقيت

يصح إذا صدقه؛ لأن الكفالة عقد أيضاً، بخلاف ما مر لأنه أفعال لا تقبل الخيار. زيلعي.

(الأمر بكتابة الإقرار إقرار حكماً) فإنه كما يكون باللسان يكون بالبنان، فلو قال للصكاك اكتب خط إقراري بألف علي أو اكتب بيع داري أو طلاق امرأتي

فيه بثلاثة، لأن إطلاق الخيار ينافي حكم البيع؛ لأن حكمه الملك مطلق وحكم الخيار منع السبب من العمل، وبينهما منافاة.

والحاصل: أنه كما أن البيع عقد يصح فيه شرط الخيار، ولا يزاد فيه على ثلاثة أيام عند الإمام، والكفالة عقد أيضاً يصح فيه شرط الخيار، ويصح اشتراطه مدة طويلة أو قصيرة؛ لأنها عقد تبرع يتوسع فيها بعد أن تكون المدة معلومة، لكن قد صدر في سنة خمس وثمانين بعد المائتين والألف أمر حضرة السلطان نصره الرحمن لعموم قضاته ونوابه في الممالك المحروسة بالحكم على قول الصاحبين في امتداد خيار الشرط أكثر من ثلاثة أيام موافقاً لما في المادة الثلاثمائة من الجزء الأول من كتاب البيع من الأحكام العدلية حين كنت في الأستانة العلية، ومتشرفاً بتوظيفي بتلك الجمعية العلمية بأمر من حضرته نصره الله تعالى بجمعها. قوله: (إذا صدقه) فإذا كذبه يلزمه المال من غير شرط والقول له لأنه يدعي عليه التأخير وهو ينكر. إتقاني. قوله: (لأن الكفالة عقد أيضاً) علة التشبيه المستفاد من الكاف. قوله: (بخلاف ما مر) أي من قوله أقر بشيء كما يأتي. قوله: (لأنها أفعال) لأن الشيء المقر به قرض أو غصب أو وديعة عارية أو قائمة أو مستهلكة، فالقرض وما عطف عليه أفعال قد أخبر بوقوعها فلا يصح فيها شرط الخيار. قوله: (الأمر بكتابة الإقرار) بخلاف أمره بكتابة الإجارة وأشهد ولم يجز عقد لا تنعقد. أشباه. قوله: (إقرار حكماً) لأن الأمر إنشاء والإقرار إخبار فلا يكونان متحدين حقيقة، بل المراد أن الأمر بكتابة الإقرار إذا حصل حصل الإقرار. حلبي عن الدرر. قوله: (يكون بالبنان) بالباء الموحدة والنون ومقتضى كلامه: أن مسألة المتن من قبيل الإقرار بالبنان، والظاهر أنها من قبيل الإقرار باللسان بدليل قوله كتب أم لم يكتب، وبدليل ما في المنح عن الخانية حيث قال: وقد يكون الإقرار بالبنان كما يكون باللسان رجل كتب على نفسه ذكر حق بحضرة قوم أو أملى على إنسان ليكتب ثم قال اشهدوا علي بهذا لفلان كان إقراراً اهـ. فإن ظاهر التركيب أن المسألة الأولى مثال للإقرار بالبنان والثانية للإقرار باللسان، فتأمل ح. قوله: (خط إقراري) أي الخط الدال على إقراري فالإضافة من إضافة الدال إلى المدلول والدلالة التزامية، وفي أحكام الكتابة من الأشباه إذا كتب ولم يقل شيئاً لا تحل الشهادة. قال القاضي النسفي: إن كتب مصدراً: يعني كتب في صدره إن فلان بن فلان له علي كذا أو أما بعد فلفلان علي كذا حل للشاهد أن يشهد، وإن لم يقل أشهد علي به، والعامة على

خلافه، لأن الكتابة قد تكون للتجربة، ولو كتب وقرأه عند الشهود حلت، وإن لم يشهدهم، ولو كتب عندهم وقال اشهدوا علي بما فيه، إن علموا بما فيه كان إقراراً، وإلا فلا. وذكر القاضي ادعى على آخر مالاً وأخرج خطاً وقال إنه خط المدعى عليه بهذا المال فأنكر كونه خطه فاستكتب وكان بين الخطين مشابهة ظاهرة تدل على أنهما خط كاتب واحد لا يحكم عليه بالمال في الصحيح، لأنه لا يزيد على أن يقول هذا خطي وأنا حررته لكن ليس علي هذا المال، وثمة لا يجب كذا هنا إلا في دفتر السمسار والبياع والصراف انتهى. ومثله في البزازية.

قال السائحاني: وفي المقدسي عن الظهيرية لو قال: وجدت في كتابي أن له علي ألفاً أو وجدت في ذكري أو في حسابي أو بخطي أو قال: كتبت بيدي أنه له علي كذا كله باطل، وجماعة من أئمة بلخ قالوا في دفتر البياع: إن ما وجد فيه بخط البياع فهو لازم عليه لأنه لا يكتب إلا ما على الناس له وما للناس عليه صيانة عن النسيان، والبناء على العادة الظاهرة واجب انتهى.

فقد استفدنا من هذا أن قول أئمتنا لا يعمل بالخط يجري على عمومه، واستثناء دفتر السمسار والبياع لا يظهره، بل الأولى أن يعزى إلى جماعة من أئمة بلخ وأن يقيد بكونه فيما عليه. ومن هنا يعلم أن رد الطرطوسي العمل به مؤيد بالمذهب، فليس إلى غيره نذهب، وانظر ما تقدم في كتاب القاضي إلى القاضي وما قدمناه في الشهادات.

وحاصل ما تحرر في مسألة الخط: أن عامة علمائنا على عدم العمل به، إلا ما وجده القاضي في أيدي القضاة الماضين وله رسوم في دواوينهم: أي السجلات، وخط السمسار والبياع والصراف وإن لم يكن معنوناً ظاهراً بين الناس، وكذلك ما يكتب الناس فيما بينهم على أنفسهم في دفاترهم المحفوظة عندهم بخطهم المعلوم بين التجار وأهل البلد فهو حجة عليه ولو بعد موتهم، وكذلك كتاب الأمان والبراءات السلطانية والدفتر الخاقاني كما قدمنا ذلك في الشهادات موضحاً بأدلته فراجعه. وسئل في الفتاوى التميمية في رجل كان يستدين من زيد ويدفع له ثم تحاسبا على مبلغ دين تبقى لزيد بذمة الرجل وأقر الرجل بأن ذلك آخر كل قبض وحساب ثم بعد أيام يريد نقض ذلك وإعادة الحساب فهل ليس له ذلك؟

الجواب: نعم لقول الدرر: لا عذر لمن أقر اهـ. وفيها في شريكي تجارة حسب لهما جماعة الدفاتر فتراضيا وانفصل المجلس وقد ظنا صواب الجماعة في الحساب ثم تبين الخطأ في الحساب لدى جماعة أخر، فهل يرجع للصواب؟

الجواب: نعم لقول الأشباه: لا عبرة بالظن البين خطؤه في شريكي عنان تحاسباً ثم

صح كتب أم لم يكتب، وحل الصكاك أن يشهد إلا في حد وقود. خانية. وقدمنا في الشهادات عدم اعتبار مشابهة الخطين.

(أحد الورثة أقر بالدين) المدعى به على مورثه وجحده الباقون (يلزمه) الدين (كله) يعني إن وفى ما ورثه به. برهان وشرح مجمع (وقيل حصته) واختاره أبو

افترقا بلا إبراء أو بقيا على الشركة ثم تذكر أحدهما أنه كان أوصل لشريكه أشياء من الشركة غير ما تحاسبا عليه فأنكر الآخر ولا بينة فطلب المدعي يمينه على ذلك فهل له ذلك لأن اليمين على من أنكر؟ الجواب نعم اهـ. قوله: (عدم اعتبار مشابهة الخطين) هو الصحيح، فإذا ادعى عليه حقاً وأظهر خط يده فاستكتب فكتب فإذا الخط يشبه الخط لا يقضى عليه. وقال بعضهم: يقضى به، ومشى عليه في المجلة في مادة ١٦٠٧ وفي ١٦٠٩ وفي ١٦١٠ وفي ١٨٣٦ وفي ١٧٣٧ وفي ١٧٣٨ وفي ١٧٣٩، وصدر الأمر الشريف السلطاني بالعمل بموجبه إذا كان خالياً من الشبهة والتصنع والتزوير فيعمل بها، ككتاب القضاة والوقفية إذا كانت مسجلة وسجلات القضاة والبراءات السلطانية والدفاتر الخاقانية ودفاتر التجار فيما عليهم والصكوك والقابيالي والوصول، وعلم الخبر إذا كانت بخط من عليه الدين أو إمضائه وختمه المعروفين، فلو لم تكن معروفة يستكتب عند أهل الخبرة، فإذا وافق الخط الخط وكانا كخط واحد يلزم بالمال، وعليه فاري الهداية وبموجبه صدر الأمر السلطاني كما علمت. قوله: (وجحده الباقون) وإن صدقوا جميعاً لكن على التفاوت كرجل مات عن ثلاثة بنين آلاف فاقتسموها وأخذ كل واحد ألفاً، فادعى رجل على أبيهم ثلاثة آلاف فصدقه الأكبر في الكل والأوسط في الألفين والأصغر في الألف أخذ من الأكبر ألفاً ومن الأوسط خمسة أسداس الألف ومن الأصغر ثلث الألف عند أبي يوسف. وقال محمد: في الأصغر والأكبر كذلك، وفي الأوسط يأخذ الألف، ووجه كل في الكافي.

تنبيه: لو قال المدعى عليه عند القاضي كل ما يوجد في تذكرة المدعي بخطه فقد التزمته ليس بإقرار، لأنه قيده بشرط لا يلائمه، فإنه ثبت من أصحابنا رحمهم الله تعالى أن من قال كل ما أقر به عليّ فلان فأنا مقر به فلا يكون إقراراً لأنه يشبه وعداً. كذا في المحيط شرنبلالية.

فرع: ادعى المديون أن الدائن كتب على قرطاس بخطه أن الدين الذي لي على فلان ابن فلان أبرأته عنه صح وسقط الدين، لأن الكتابة المرسومة المعنونة كالنطق به، وإن لم يكن كذلك لا يصح الإبراء، ولا فرق بين أن تكون الكتابة بطلب الدائن أو لا بطلبه. بزازية من آخر الرابع عشر من الدعوى. قوله: (يلزمه كل الدين) أي في قول أصحابنا. منح. قوله: (وقيل حصته) عبر عنه بقيل، لأن الأول ظاهر الرواية كما في فتاوى

بالثلث دفعاً للضرر، ولو شهد هذا المقر مع آخر أن الدين كان على الميت قبلت، وبهذا علم أنه لا يحل الدين في نصيبه بمجرد إقراره بل بقضاء القاضي عليه بإقراره،

المصنف، وسيجيء أيضاً، وهذا بخلاف الوصية لما في جامع الفصولين: أحد الورثة لو أقر بالوصية يؤخذ منه ما يخصه وفاقاً. وفي مجموعة منلا علي عن العمادية في الفصل التاسع والثلاثين: أحد الورثة إذا أقر بالوصية يؤخذ منه ما يخصه بالاتفاق، وإذا مات وترك ثلاث بنين وثلاثة آلاف درهم فأخذ كل ابن ألفاً فادعى رجل أن الميت أوصى له بثلث ماله وصدقه أحد البنين فالقياس أن يؤخذ منه ثلاثة أخماس ما في يده، وهو قول زفر، وفي الاستحسان: يؤخذ منه ثلث ما في يده، وهو قول علمائنا رحمهم الله تعالى لنا أن المقر أقر بألف شائع في الكل ثلث ذلك في يده وثلثاه في يد شريكيه، فما كان إقراراً فيما بيده قبل وما كان إقراراً في يد غيره لا يقبل، فوجب أن يسلم إلى الموصى له ثلث ما في يده اهـ. قوله: (دفعاً للضرر) أي عن المقر: أي لأنه إنما أقر بما تعلق بكل التركة. قوله: (ولو شهد هذا المقر مع آخر الخ) وكذا لو برهن الطالب على هذا المقر تسمع البينة عليه، كما في وكيل قبض العين: لو أقر من عنده العين أنه وكيل بقبضها لا يكفي إقراره، ويكلف الوكيل إقامة البينة على إثبات الوكالة حتى يكون له قبض ذلك، فكذا هنا جامع الفصولين. وفيه عن خ: ينبغي للقاضي أن يسأل المدعى عليه هل مات مورثك؟ فإن قال نعم، فحينئذ يسأله عن دعوى المال. فلو أقر وكذبه بقية الورثة ولم يقض بإقراره حتى شهد هذا المقر وأجنبي معه يقبل، ويقضي على الجميع وشهادته بعد الحكم عليه بإقراره لا تقبل؛ ولو لم يقم البينة أقر الوارث أو نكل، ففي ظاهر الرواية يؤخذ كل الدين من حصة المقر؛ لأنه مقر بأن الدين مقدم على إرثه. وقال ث: هو القياس، ولكن المختار عندي أن يلزمه ما يخصه وهو قول الشعبي والحسن البصري ومالك وسفيان وابن أبي ليلى وغيرهم ممن تابعهم، وهذا القول أعدل وأبعد من الضرر، ولو برهن لا يؤخذ منه إلا ما يخصه وفاقاً انتهى. بقي ما لو برهن على أحد الورثة بدينه بعد قسمة التركة، فهل للدائن أخذ كله من حصة الحاضر؟

قال المصنف في فتاويه: اختلفوا فيه فقال بعضهم نعم، فإذا حضر الغائب يرجع عليه. وقال بعضهم: لا يأخذ منه إلا ما يخصه انتهى ملخصاً. قوله: (وبهذا) أي بقبول شهادة المقر مع آخر أنه على الميت. قوله: (بمجرد إقراره) إذا لو أقر ولزمه جميع المال ثم شهد مع آخر، وقبلت شهادته لزمه بقدر حصته، فيكون في شهادته دفع مغرم عن نفسه، والشهادة كذلك لا تقبل فقبولها دليل أن إقراره الأول لا يعتبر ولا يلزمه به دين وهو مشكل، فإن إقرار الإنسان حجة في حق نفسه، والقضاء فيه مظهر لا مثبت، ولو جعل هذا الفرع مخرجاً على قول الفقيه لكان ظاهراً لأنه لم يدفع بهذه الشهادة مغرماً عن نفسه ط. قال

فليحفظ هذه الزيادة. درر.

(أشهد على ألف في مجلس وأشهد رجلين آخرين في مجلس آخر) بلا بيان السبب (لزم) المالان

الباقي: ولو كان الدين يحل في نصيبه بمجرد الإقرار ما قبلت شهادته لما فيه من دفع المغرم عنه. قوله: (فليحفظ هذه الزيادة) وهي كون الإقرار غير ملزم إلا بالقضاء لما ذكرنا، وحاصل ما يقال: إنه إذا ادعى رجل ديناً على ميت وأقر بعض الورثة به ففي قول أصحابنا يؤخذ من حصة المقر جميع الدين. قال الفقيه أبو الليث: هو القياس، لكن الاختيار عندي أن يؤخذ منه ما يخصه من الدين، وهذا القول أبعد من الضرر. وذكره شمس الأئمة الحلواني أيضاً. وقال مشايخنا هنا: زيادة شيء لم تشترط في الكتب، وهو أن يقضي القاضي عليه بإقراره إذ بمجرد الإقرار لا يحل الدين في نصيبه، بل يحل بقضاء القاضي، ويظهر ذلك بمسألة ذكرها في الزيادات، وهي أن أحد الورثة إذا أقر بالدين ثم شهد هو ورجل أن الدين كان على الميت فإنه تقبل وتسمع شهادة هذا المقر إذا لم يقض عليه القاضي بإقراره، فلو كان الدين يحل في نصيبه بمجرد إقراره لزم أن لا تقبل فيها لما فيه من الغرم.

قال صاحب الزيادات: وينبغي أن تحفظ هذه الزيادة فإن فيها فائدة عظيمة. كذا في العمادية. لكن يشكل على هذا أن إقرار الإنسان حجة في حق نفسه والقضاء فيه مظهر لا مثبت كما ذكروا، وأيضاً فإن المال يلزمه بمجرد الإقرار، والقضاء إنما يحتاج إلى البينة، إذ لا يتهم المرء فيما أقر به على نفسه، ولهذا لو أقر بعين لإنسان ثم أقر به لآخر كان للأول ولا شيء للثاني، على أنه يكون حينئذ في عرضية أن يقضي عليه فلزم رد شهادته، كما ترد شهادة أهل قرية وجد فيها قتيل وقد ادعى وليه القتل على بعضهم، فلو جعلوا هذا الفرع مخرجاً على قول الفقيه لكان ظاهراً لأنه لم يدفع بهذه الشهادة مغرماً عن نفسه، تأمل. قوله: (أشهد على ألف الخ) نقل المصنف في المنح عن الخانية روايتين عن الإمام ليس ما في المتن واحدة منهما. إحداهما: أن يلزمه المالان إن أشهد في المجلس الثاني عين الشاهدين الأولين، وإن أشهد غيرهما كان المال واحداً، وأخراهما أنه إن أشهد على كل إقرار شاهدين يلزمه المالان جميعاً، سواء أشهد على إقراره الثاني الأولين أو غيرهما اهـ. فلزوم المالين إن أشهد في مجلس آخرين ليس واحداً مما ذكره، ونقل في الدرر عن الإمام الأولى، وأبدل الثانية بما ذكره المصنف متابعة له، واعترضه في العزمية بما ذكرناه، وإنه ابتداع قول ثالث غير مستند إلى أحد ولا مسطور في الكتب. تأمل. قوله: (في مجلس آخر) بخلاف ما لو أشهد أولاً واحداً وثانياً آخر في موطن أو موطنين فالمال واحد اتفاقاً، وكذا لو أشهد على الأول واحداً وعلى الثاني آخر في مجلس آخر فالمال واحد عندهما، وكذا عنده على الظاهر. منح. قوله: (لزم المالان) اعلم أن تكرار الإقرار لا يخلو إما أن يكون مقيداً

(ألفان) كما لو اختلف السبب، بخلاف ما لو اتحد السبب

بسبب، أو مطلقاً، والأول على وجهين: إما بسبب متحد فيلزم مال واحد وإن اختلف المجلس، أو بسبب مختلف فمالان مطلقاً، وإن كان مطلقاً إما بصك أو لا، والأول على وجهين: إما بصك واحد فالمال واحد مطلقاً، أو بصكين فمالان مطلقاً وأما الثاني: فإن كان الإقرار في موطن واحد يلزم مالان عنده وواحد عندهما، وإن كان في موطنين فإن أشهد على الثاني شهود الأول فمال واحد عنده، إلا أن يقول الطالب هما مالان، وإن أشهد غيرهم فمالان. وفي موضع آخر عنه على عكس ذلك، وهو إن اتحد الشهود فمالان عنده، وإلا فواحد عندهما.

وأما عنده فاختلف المشايخ منهم من قال: القياس على قوله مالان وفي الاستحسان مال واحد، وإليه ذهب السرخسي.

ومنهم من قال على قول الكرخي: مالان، وعلى قول الطحاوي: واحد، وإليه ذهب شيخ الإسلام اهـ ملخصاً من التاترخانية. وكل ذلك مفهوم من الشرح، وبه ظهر أن ما في المتن رواية منقولة، وأن اعتراض الغرمة على الدرر مردود حيث جعله قولاً مبتدعاً غير مسطور في الكتب مستنداً إلى أنه في الخانية حكى في المسألة روايتين.

الأولى: لزوم مالين إن اتحد الشهود، وإلا فمال واحد.

والثانية: لزوم مالين إن أشهد على كل إقرار شاهدين اتحد أو لا، وقد أوضح المسألة في الولوالجية فراجعها، وسنذكر توضيحها قريباً إن شاء الله تعالى. فقد تحقق أن كلام المصنف هنا هو ما في الخانية، وليس فيه ما يخالف ما فيها كما لا يخفى على من نظر فيها. قوله: (ألفان) بدل كل من قوله المالان. قال في الأشباه: وإذا تعدد الإقرار بموضعين لزمه الشيئان، إلا في الإقرار بالقتل بأن قال قتلت ابن فلان ثم قال قتلت ابن فلان، وكذا في العبد فهو إقرار بواحد، إلا أن يكون سمى اسمين مختلفين، وكذا التزويج والإقرار بالجراحة فهو ثلاث، ولا يثبت الإقرار بمال في موضعين اهـ.

قال في الدرر: هذا عند أبي حنيفة، لكن بشرط مغايرة الشاهدين الأخرين للأولين في رواية، وشرط عدم مغايرتهما لهما في أخرى، وهذا بناء على أن الثاني غير الأول، وعندهما: لا يلزمه إلا ألف واحدة لدلالة العرف على أن تكرار الإقرار لتأكيد الحق بالزيادة في الشهود اهـ. قوله: (كما لو اختلف السبب) ولو في مجلس واحد.

قال في البزازية: جعل الصفة كالسبب حيث قال: إن أقر بألف بيض ثم بألف سود فمالان، ولو ادعى المقر له اختلاف السبب وزعم المقر اتحاده أو تمسك أو الوصف فالقول للمقر، ولو اتحد السبب والمال الثاني أكثر يجب المالان، وعندهما يلزم الأكثر. ساتحاني. قوله: (بخلاف ما لو اتحد السبب) بأن قال له علي ألف ثمن هذا العبد، ثم أقر بعده

أو الشهود أو أشهد على صك واحد أو أقر عند الشهود ثم عند القاضي أو بعكسه. ابن ملك. والأصل أن المعرف أو المنكر إذا أعيد معرفاً كان الثاني عين الأول، أو منكراً فغيره، ولو نسي الشهود أفي موطن أم موطنين فهما مالان ما لم يعلم اتحاده، وقيل واحد. وتمامه في الخانية.

كذلك في ذلك المجلس أو في غيره. منح. قوله: (أو الشهود) هذا على ما ذهب إليه السرخسي كما علمته مما مر ويأتي، لكن قال الطحاوي: هذا لم يوافق أحد القولين السابقين. فإن القول الأول حاصله أن اتحاد الشهود يوجب التعدد واختلافهم لا يوجبه، والثاني اعتبر اختلاف المواطن. فتأمل اهـ.

أقول: لا يخفى عليك أن ما مر من التفصيل يؤيد كلام الشارح وأنه الاستحسان بأنه مال واحد، فتأمل. ويؤيده ما يأتي قريباً. قوله: (ثم عند القاضي) إنما كان واحداً لأنه أراد بإقراره عنده تثبيته على نفسه خوف موته أو جحوده، وكذا لو كان كل عند القاضي في مجلسين ط.

أقول: ولا تنس ما قدمناه عن المجلة صدور الأمر الشريف السلطاني بالعمل بموجبه، ونقلها أيضاً في مادة ١٦١١: لو كتب على نفسه سنداً وأمضاه أو ختمه على الرسوم المتعارف كما مر وسلمه للدائن ثم مات من عليه السين وأنكر الورثة الخط والدين: فإذا كان خطه وختمه مشهورين ومعروفين بين الناس يعمل بموجب السند، وفي مادة ١٦١٢: لو وجد عند الميت صرة نقود مكتوب عليها بخط الميت هذه أمانة فلان الفلاني ودراهمه من يده تؤخذ من التركة ولا يحتاج لإثباتها إذا كان الخط معروفاً بأنه خطه. قوله: (أو بعكسه) لأنه يخبر عما لزمه في مجلسه. قوله: (أن المعرف) كما إذا عين سبباً واحداً للمال في الإقرارين. قوله: (أو المنكر) كما إذا أقر بألف مطلق عن السبب ثم أقر بألف ثمن هذا العبد. قوله: (أو منكراً فغيره) كما إذا أقر بألف ثم بألف أو أقر بألف ثمن عبد ثم بألف ثمن عبد، وصورة إعادة المعرف منكراً: ما إذا أقر بألف ثمن هذا العبد ثم أقر بألف، والمسألة الأولى هي الخلافية، هل يعتبر اتحاد الشهود أو اتحاد الموطن على القولين السابقين، فكونه غيرا عند التنكير على هذا التفصيل ط. قوله: (ولو نسي الشهود) أي في صورة تعدد الإشهاد. قوله: (وقيل واحد) لأن المال لا يجب بالشك. قوله: (وتمامه في الخانية) وحاصله: أن الصور أربع: في اثنين يكون الثاني عين الأول، وفي اثنين يكون غيرا، وهذا كله فيما اتحد المالان أما إذا اختلفا قلة وكثرة فقد ذكره في المجمع والمنظومة.

وعبارة المجمع: وتعدد المشهد: أي موضع الإشهاد والشاهدين العدلين ملزم للمالين، والزيادة بالأكثر إن تفاوتا.

. . . .

قال شارحه: رجل أقر بألف في مجلس وأشهد عليه شاهدين عدلين، ثم أقر في مجلس آخر بألف أو أقل أو أكثر وأشهد عدلين آخرين. قال أبو حنيفة: يلزمه المالان، وقالا: يلزمه مال واحد إن تساويا، وإن تفاوتا لزمه أكثرهما؛ لأن الإقرار إخبار بالحق الثابت والإخبار قد يكرر فيكون الثاني عين الأول، فصار كما لو أقر بهما في مجلس واحد أو أشهد عدلاً واحداً في الأول أو فاسقين، وله أنهما إقراران مختلفان، والمال قد يجب وقتاً بعد وقت، والظاهر أن الثاني غير الأول، على أن النكرة إذا كررت لم يكن الثاني عين الأول، إلا إذا أعيدت معرفة كقوله تعالى: ﴿كَمَا أَرْسَلْنَا إِلَىٰ فِرْعَوْنَ رَسُولًا فَعَصَىٰ فِرْعَوْنُ الرَّسُولَ﴾ [المزمل: ١٥، ١٦] وفي الكافي شرح المنظومة: من أقر على نفسه لرجل بمائة درهم مثلاً في موضع وأشهد شاهدين ثم أقر وأشهد في موضع آخر شاهدين على مائة درهم أو أقل أو أكثر فعليه المالان إذا ادعى الطالب المالين، وقالا: عليه مال واحد، فإن تفاوتا فعليه أكثرهما، وهذا إذا لم يبين سبباً، فإن بين السبب متحداً بأن قال في المرتين عن هذا العبد يلزمه مال واحد، وإن بين سبباً مختلفاً بأن قال أولاً ثمن هذا العبد وثانياً ثمن هذه الجارية يلزمه المالان، قيد: أي صاحب المجمع بتعدد الإشهاد والشهود، لأنه إذا اتحد أحدهما أو كلاهما يلزمه مال واحد اتفاقاً، ولو قال له علي ألف بل ألفان لزمه ألفان. وقال زفر: يلزمه ثلاثة اهـ.

والحاصل: أن هذه المسألة على وجوه: لأنه إما أن يضيف إقراره إلى سبب أو لا، والأول إما أن يكون السبب متحداً أو مختلفاً، فإن أضاف إلى سبب واحد بأن قال له علي ألف درهم ثمن هذا العبد ثم أقر بعد ذلك في ذلك المجلس أو مجلس آخر أن لفلان علي ألف درهم ثمن هذا العبد والعبد واحد لا يلزمه إلا ألف واحدة على كل حال في قولهم جميعاً، وإن كان السبب مختلفاً بأن قال لفلان علي ألف درهم ثمن هذه الجارية ثم قال لفلان علي ألف درهم ثمن هذا العبد يلزمه المالان في قولهم أقر بذلك في موطن أو موطنين. والثاني إما أن يكتب به صكاً على نفسه، فإن كان الصك واحداً لزمه مال واحد، وإن كان كتب صكين وأقر بهذا ثم بهذا لزمه المالان، ونزل اختلافهما منزلة اختلاف السبب، وإن لم يكتب صكاً لكنه أقر مطلقاً فإن تعدد الإقرار والأول عند غير القاضي والثاني عنده لزمه مال واحد، وكذا لو كان كل عند القاضي لكن في مجلسين فادعى الطالب مالين والمطلوب يقول إنه واحد فالقول قول المطلوب، وإن تعدد الإقرار عند غير القاضي: فإن أشهد على كل إقرار فرداً فالمال واحد عند الكل تعدد المجلس أو اختلف، وإن أشهد على الأول واحداً وعلى الثاني جماعة فالمعتمد لزوم مال واحد عند الجميع، وإن أشهد على كل إقرار شاهدين فقال الإمام: يلزمه مالان إذا لم يتغير الشهود،

(أقرَّ ثم ادعى) المقر (أنه كاذب في الإقرار يحلف المقر له أن المقر لم يكن كاذباً في إقراره) عند الثاني، وبه يفتى: درر (وكذا) الحكم يجري (لو ادعى وارث المقر)

فإن تغيرا كان المال واحداً. فبعض المشايخ قالوا: إن كان ذلك في موطنين وأشهد على إقراره شاهدين فإنه يلزمه المالان جميعاً، سواء أشهد على إقراره الثاني الأولين أو غيرهما.

قال شمس الأئمة الحلواني: كذا ذكره الخصاف، والظاهر أن الخلاف بينهم فيما إذا كان الإقراران في موطنين، أما إذا كان في موطن واحد فيكون المال واحداً.

وحاصله: أن الصور الوفاقية والخلافية ثمانية: واحدة خلافية، والباقي وفاقية، وذلك لأنه إذا لم يبين السبب واختلف المجلس والشهود لزم مالان عنده خلافاً لهما، وإن اتحد المجلس وبه صك فاللازم ألف واحدة اتفاقاً، وإن كان لا صك ففي تخريج الكرخي ألفان، وفي تخريج الطحاوي ألف، وإن بين السبب: فإن كان مختلفاً فألفان، وإن متحداً فألف، وكذا إن اتحد الشهود أو اتحد الصك، وإن كان صكان فأشهد عليهما لزم مالان.

وحاصل الصور العقلية اثنان وسبعون صورة، لأنه لا يخلو: إما أن لا يبين السبب، أو يبين سبباً مختلفاً أو متحداً: فهي ثلاث، وفي كل: إما أن يكون في مجلس أو في مجلسين فهي ستة، وفي كل: إما أن تتحد الشهود أو تختلف فهي اثنا عشر، وفي كل: إما أن لا يكون به صك أو به صك واحد أو صكان فهي ستة وثلاثون، وفي كل: إما أن يتحدا المالان أو يختلفا فهي اثنان وسبعون. هذه خلاصة ما حققه المحشون في هذا المحل فاغتنمه فإنه من فيض الفتح الأجلي. قوله: (أقر) أي بدين أو غيره كما في شتى الفرائض من الكنز. قوله: (عند الثاني) وعندهما لا يلتفت إلى قوله. قوله: (وبه يفتى) وهو المختار. بزازية: ظاهره أن المقر إذا ادعى الإقرار كاذباً يحلف المقر له أو وارثه على المفتى به من قول أبي يوسف مطلقاً: سواء كان مضطراً إلى الكذب في الإقرار أو لا. قال شيخنا: وليس كذلك لما سيأتي من مسائل شتى قبيل كتاب الصلح عند قول المصنف أقر بمال في صك، وأشهد عليه به ثم ادعى أن بعض المال المقر به قرض وبعضه ربا الخ، حيث نقل الشارح عن شرح الوهبانية للشرنبلالي ما يدل على أنه إنما يفتى بقول أبي يوسف، من أنه يحلف المقر له أن المقر ما أقر كاذباً في كل صورة يوجد فيها اضطرار المقر إلى الكذب في الإقرار. أبو السعود. وفيه: أنه لا يتعين الحمل على هذا؛ لأن العبارة هناك: في هذا ونحوه، فقوله ونحوه يحتمل أن يكون المراد به، كل ما كان من قبيل الرجوع بعد الإقرار مطلقاً، ويدل عليه ما بعده من قوله وبه جزم المصنف، فراجعه ا هـ.

أقول: وقدمنا شيئاً منه في شتى القضاء وسيأتي في شتى الإقرار. قوله: (درر) نصها. وهو استحسان، ووجهه أن العادة جرت بين الناس أنهم إذا أرادوا الاستدانة يكتبون الصك قبل الأخذ ثم يأخذون المال، فلا يكون الإقرار دليلاً على اعتبار هذه الحالة

فيحلف (وإن كانت الدعوى على ورثة المقر له فاليمين عليهم بالعلم أنا لا نعلم أنه كان كاذباً) صدر الشريعة.

فيحلف، وعليه الفتوى لتغير أحوال الناس، وكثرة الخداع والخيانات، وهو يتضرر والمدعي لا يضره اليمين إن كان صادقاً فيصار إليه، وعندهما يؤمر بتسليم المقر به إلى المقر له، وهو القياس، لأن الإقرار حجة ملزمة شرعاً كالبينة بل أولى لأن احتمال الكذب فيه أبعد ا هـ.

وقيده في الفتاوى الخيرية بأنه لم يصر محكوماً عليه بالإقرار. فإن صار محكوماً عليه بالإقرار لا يحلف كما هو صريح كلام البزازية.

قال في المنح: كما في كثير من المعتبرات، وعند أبي حنيفة ومحمد: لا يلتفت إلى قوله. قال في الخانية بعد ذكر الخلاف في كتاب الإقرار: فإذا كان في المسألة خلاف أبي يوسف والشافعي يفوض ذلك إلى رأي القاضي والمفتي. ذكره في كتاب الدعوى في باب اليمين. قوله: (فيحلف) أي المقر له أنه لم يكن المورث كاذباً فيما أقر وبعضهم على أنه لا يحلف. بزازية. والأصح التحليف. حامدية عن صدر الشريعة. قوله: (وإن كانت الدعوى) أي من المقر أو من وارثه. قوله: (أنا لا نعلم) بدل مما قبله. قوله: (إنه كان كاذباً) إنما لم يكن إبراء عام، فلو كان لا تسمع، لكن للعلامة ابن نجيم رسالة أفتى فيها بسماعها حاصلها: لو أقرت امرأة في صحتها لبنتها بمبلغ معين ثم وقع بينهما إبراء عام ثم ماتت فادعى الوصي أنها كاذبة تسمع دعواه، وله تحليف البنت، ولا يصح الحكم قبل التحليف لأنه حكم بخلاف المفتى به، لأن الإبراء هنا لا يمنع، لأن الوصي يدعي عدم لزوم شيء، بخلاف ما إذا دفع المقر المال المقر به إلى المقر له، فإنه ليس له تحليف المقر له لأنه يدعي استرجاع المال والبراءة مانعة من ذلك. أما الأول: فإنه لم يدع استرجاع شيء وإنما يدفع عن نفسه فافترقا، والله تعالى أعلم.

وفي جامع الفصولين: أقر فمات فقال ورثته إنه أقر كاذباً فلم يجز إقراره والمقر له عالم به ليس لهم تحليفه، إذ وقت الإقرار لم يتعلق حقهم بمال المقر فصح الإقرار، وحيث تعلق حقهم صار حقاً للمقر له ص.

أقر ومات فقال ورثته إنه أقر تلجئة يحلف له بالله لقد أقر لك إقراراً صحيحاً ط.

وارث ادعى أن مورثه أقر تلجئة: قال بعضهم: له تحليف المقر له ولو ادعى أنه أقر كاذباً لا يقبل. قال في نور العين: يقول الحقير: كان ينبغي أن يتحد حكم المسألتين ظاهراً إذ الإقرار كاذباً موجود في التلجئة أيضاً، ولعل وجه الفرق هو أن التلجئة أن يظهر أحد شخصين أو كلاهما في العلن خلاف ما تواضعا عليه في السر، ففي دعوى التلجئة يدعي الوارث على المقر له فعلاً له، وهو تواضعه مع المقر في السر فلذا يحلف، بخلاف دعوى

باب الاستثناء
وما في معناه في كونه مغيراً كالشرط ونحوه

(هو) عندنا (تكلم بالباقي بعد الثنيا

الإقرار كاذباً كما لا يخفى على من أوتي فهماً صائباً اهـ. من أواخر الفصل الخامس عشر، والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم.

باب الاستثناء

لما ذكر الإقرار بلا تغيير شرع في بيان موجبه مع التغيير بالاستثناء والشرط ونحوه، وهو استفعال من الثني، وهو لغة: الصرف والرد، فالاستثناء صرف القائل. أي رده عن المستثنى فيكون حقيقة في المتصل والمنفصل، لأن إلا هي التي عدت الفعل إلى الاسم حتى نصبته فكانت بمنزلة الهمزة في التعدية، والهمزة تعدي الفعل إلى الجنس وغير الجنس حقيقة وفاقاً، فكذا ما هو بمنزلتها. حموي. واصطلاحاً: ما ذكره الشارح وهو متصل وهو الإخراج، والتكلم بالباقي ومنفصل وهو ما لا يصح إخراجه كما في العناية. قوله: (وما في معناه) أي مثل التعليق بمشيئة الله، وكقوله لفلان علي ألف درهم وديعة كما هو مقرر في كلامهم. فتال. قوله: (كالشرط نحوه) أي في كونه مغيراً كالشرط وهو الصفة والحال، واعترض قاضي زاده على من قال: وهو الشرط بأنه يقتضي حصر ما في معناه في الشرط فلا يدخل أكثر ما في هذا الباب، فالأولى ما في شرح الشريعة والكفاية من قوله: كالشرط وغيره كما عبر الشارح، فلا غبار على عبارة الشارح حيث قال ونحوه، لأنها بيان لما في قول المصنف وما في معناه، فإنه قد صرح بها بما علم التزاماً من كاف التمثيل المشعر عن الكثرة كما هو المشهور بين الجمهور، وهذا الجمع بينهما قد وقع من صاحب المفتاح في مواضع والمراد بنحو الشرط ما ذكرنا، وما سيجيء من إقراره بدين ثمن عبد غير عين وإنكاره قبضه وإقراره بثمن متاع وبيانه بأنه زيوف ونحوها فظهر أن من فسر قوله وما بمعناه بقوله وهو الشرط لم يصب لأنه يوهم الحصر كما لا يخفى. قوله: (هو عندنا تكلم بالباقي) أي معنى لا صورة. قوله: (بعد الثنيا) بضم فسكون وفي آخره ألف مقصورة اسم من الاستثناء، وكذلك الثنوى بالفتح مع الواو وفي الحديث «من استثنى فله ثنياه» أي ما استثناه والمراد بعد الثنيا: أي بعد المستثنى. فيكون الاستثناء عندنا لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى، وعند الشافعي إخراج بطريق المعارضة. قال في شرح المنار لابن ملك: فصار تقدير قول الرجل لفلان علي ألف إلا مائة عندنا لفلان علي تسعمائة، وإنه لم يتكلم بالألف في حق لزوم المائة، وعند الشافعي إلا مائة فإنها ليست علي فإن صدر الكلام يوجبه والاستثناء ينفيه فتعارضا فتساقطا بقدر المستثنى اهـ.

واستشكل الزيلعي مذهب الشافعي بوقوعه في الطلاق والعتاق، فلو كان إخراجاً

باعتبار الحاصل من مجموع التركيب ونفي إثبات باعتبار الأجزاء) فالقائل له علي عشرة إلا ثلاثة له عبارتان مطولة وهي ما ذكرناه، ومختصرة وهي أن يقول ابتداء: له علي سبعة، وهذا معنى قولهم تكلم بالباقي بعد الثنيا: أي بعد الاستثناء

بطريق المعارضة لما صح، لأن الطلاق والعتاق لا يحتملان الرفع بعد الوقوع. قال: وتظهر ثمرة الخلاف فيما إذا قال لفلان علي ألف درهم إلا مائة أو خمسين فعندنا يلزمه تسعمائة، لأنه لما كان تكلما بالباقي وكان مانعاً من الدخول شككنا في المتكلم به، والأصل براءة الذمة فلا يلزمه الزائد بالشك، فصار نظير ما لو قال علي تسعمائة أو تسعمائة وخمسون فإنه يلزمه الأقل، وعنده: لما دخل الألف كله صار في المخرج شك، فيخرج الأقل وهو خمسون والباقي على حاله. انتهى. لكن قول الزيلعي: فعندنا يلزمه تسعمائة خلاف الأصح.

قال في البحر: وإذا استثنى عددين بينهما حرف الشك كان الأقل مخرجاً كقوله علي ألف درهم إلا مائة أو خمسين لزمه تسعمائة وخمسون على الأصح انتهى. كذا في حاشية أبي السعود على مسكين.

أقول: لكن نقل المقدسي عن متفرقات وصايا الكافي: أنه أفتى بأن المستثنى خمسون عند العامة، وقال محمد: إنه مائة. وذكر في الظهيرية والولوالجية أن قول محمد رواية أبي حفص، وتلك رواية سليمان، وفي الدراية صححها، وصحح قاضيخان في شرح الزيادات رواية أبي حفص وقال: وهو الموافق للقواعد مذهباً. وسيأتي للفرع تتمة. قوله: (باعتبار الحاصل من مجموع التركيب) هذا كالتأكيد لما قبله، فإن التكلم بالباقي بعد الثنيا لا يتأتى إلا بالنظر لما بعد إلا وما قبلها، فالمتحصل من مجموع له عشرة إلا ثلاثة له علي سبعة.

قال في البحر: لا حكم فيما بعد إلا بل مسكوت عنه عند عدم القصد كمسألة الإقرار في قوله له علي عشرة إلا ثلاثة يفهم أن الغرض الإثبات فقط، فنفي الثلاثة إشارة لا عبارة، وإثبات السبعة عكسه، وعند القصد يثبت لما بعدها نقيض ما قبلها ككلمة التوحيد نفي وإثبات قصداً، فالاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا باعتبار الحاصل من مجموع التركيب، ونفي وإثبات باعتبار الأجزاء اهـ. فالباقي والثنيا هنا بين النفي والإثبات، فلو صار بالنفي لم يكن مقراً بشيء كما لو قال ليس له علي سبعة كما في التنقيح. قال: فأصل هذا يفيد أن لا إله إلا الله لا يفيد التوحيد مع أنهم أجمعوا على الإفادة. والجواب: أن إلهنا متفق على وجوده ثم قلنا بنفي غيره، وقد أفاده هذا التركيب وبهذا الاعتبار أفاد التوحيد. قوله: (باعتبار الأجزاء) أي اللفظية فصدر الجملة الاستثنائية نفي وعجزها إثبات أو بالعكس ط. قوله: (فالقائل له علي عشرة إلا ثلاثة) أي فالمقر بسبعة. قوله: (له عبارتان) قوله: (وهذا) الظاهر أنه راجع إلى قول المصنف وهو تكلم بالباقي الخ ولا

(وشرط فيه الاتصال بالمستثنى منه) إلا لضرورة (كنفس أو سعال أو أخذ فم) به يفتى (والنداء بينهما لا يضر) لأنه للتنبيه والتأكيد (كقوله لك علي ألف درهم)

حاجة إليه حينئذ: أي إلى. قوله «باعتبار الحاصل من مجموع التركيب» ط. أقول: هذا إشارة إلى ما ذكره الأصوليون في الاستثناء. قال في التنقيح وشرحه: واختلفوا في كيفية عمل بيان التغيير، ففي. قوله: «له علي عشرة إلا ثلاثة» لا يخلو، أما إن أطلق العشرة على السبعة فحينئذ قوله «إلا ثلاثة» يكون بياناً لهذا، فهو كأن قال ليس علي ثلاثة منها، فيكون كالتخصيص بالمستقل، أو أطلق العشرة على عشرة أفراد ثم أخرج له ثلاثة بحكم، وهذا تناقض وإن كان بعد الإقرار ولا أظنه مذهب أحد أو قبله، ثم حكم على الباقي أو أطلق عشرة إلا ثلاثة على السبعة فكأنه قال علي سبعة، فتحصل ثلاثة مذاهب، فعلى هذين: أي المذهبين الأخيرين يكون الاستثناء تكلما بالباقي في صدر الكلام بعد الثنيا: أي المستثنى، ففي قوله «له علي عشرة إلا ثلاثة» صدر الكلام عشرة والثنيا ثلاثة، والباقي في صدر الكلام بعد المستثنى سبعة فكأنه تكلم بالسبعة وقال له علي سبعة، وإنما قلنا على الأخيرين تكلم بالباقي بعد الثنيا، أما على المذهب الأخير فلأن عشرة إلا ثلاثة موضوعة للسبعة فيكون تكلما بالسبعة، وأما على المذهب الثاني فلأنه أخرج الثلاثة قبل الحكم من إفراد العشرة ثم حكم على السبعة، فالتكلم في حق الحكم يكون بالسبعة: أي يكون الحكم على السبعة فقط لا على الثلاثة لا بالنفي ولا بالإثبات ا هـ.

فرع: له علي عشرة إلا سبعة إلا خمسة إلا ثلاثة إلا درهماً، فطريقه أن يخرج الأخير وهو الدرهم عما يليه يبقى درهمان، ثم تخرجهما عما بينهما وهو الخمسة يبقى ثلاثة فأخرجها من السبعة يبقى أربعة فأخرجها من العشرة يبقى ستة. سائحاني. قوله: (وشرط فيه) أي في اعتباره شرعاً. قوله: (الاتصال بالمستثنى منه) لأن تمام الكلام بآخره، وإذا انقطع فقد تم. عيني. ونقل عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما جواز التأخير. درر. قال أبو السعود في حاشيته على مسكين عند قوله وكذا إن كان مفصولاً: بطل الاستثناء خلافاً لابن عباس رضي الله تعالى عنهما استدل بما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «وَاللَّهِ لأَغْزُوَنَّ قُرَيْشاً، ثُمَّ قَالَ بَعْدَ سَنَةٍ: إِنْ شَاءَ اللَّهُ» قلنا: هو مغير والمغير لا يصح إلا متصلاً كالشرط، واستثناء النبي عليه الصلاة والسلام كان لامتثال أمره تعالى بقدر الإمكان فلا يمنع الانعقاد. زيلعي. وقوله لامتثال أمره تعالى يعني قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ غَداً إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ﴾ [الكهف: ٢٣، ٢٤]. قوله: (لأنه للتنبيه) أي تنبيه المنادى لما يلقى إليه من الكلام. قوله: (والتأكيد) بتعيين المقر له فصار من الإقرار، لأن المنادي هو المخاطب، ومفاده لو كان المنادى غير المقر له يضر. نقله الحموي عن الجوهرة. ولم أره فيها. لكن قال في غاية البيان: ولو قال لفلان علي ألف درهم يا

يا فلان إلا عشرة، بخلاف لك عليّ ألف فاشهدوا (إلا كذا ونحوه) مما يعد فاصلاً لأن الإشهاد يكون بعد تمام الإقرار فلم يصح الاستثناء (فمن استثنى بعض ما أقر به صح) استثناؤه ولو الأكثر عند الأكثر (ولزمه الباقي) ولو مما لا يقسم كهذا العبد لفلان إلا ثلثه أو صح على المذهب.

(و) الاستثناء (المستغرق باطل ولو فيما يقبل الرجوع كوصية) لأن استثناء

فلان إلا عشرة كان جائزاً، لأنه أخرجه مخرج الإخبار لشخص خاص؛ وهذا صيغته فلا يعد فاصلاً اهـ. تأمل.

قال في الولوالجية: لأن النداء لتنبيه المخاطب وهو محتاج إليه لتأكيد الخطاب والإقرار، فصار من الإقرار اهـ.

ثم اعلم أن الملائم للإقرار لا يمنع الاتصال وغير الملائم يمنعه، فمن قبيل الأول التنفس والسعال وأخذ الفم ونحوها فإنها لا تفصل الاستثناء، وكذا النداء سواء كان مفرداً نحو يا فلان أو مضافاً نحو يا ابن فلان، سواء كان المنادي مقراً له أو غيره نحو لك علي مائة درهم يا فلان أو يا ابن فلان إلا عشرة، ونحو قولك لزيد علي مائة درهم يا عمرو إلا عشرة من قبيل الثاني ما لو هلل أو سبح أو كبر أو قال فاشهدوا، فإن كلا منها جعل فاصلاً كما في الغاية والظهيرية، وباقي التفصيل في تنوير تلخيص الجامع الكبير في باب الاستثناء يكون على الجمع. قوله: (ولو الأكثر عند الأكثر) أي ولو أكثر من النصف عند أكثر النحاة. قال الفراء: استثناء الأكثر لا يجوز لأن العرب لم تتكلم به، والدليل على جوازه قوله تعالى: ﴿قُمِ ٱلَّيْلَ إِلَّا قَلِيلًا نِّصْفَهُۥٓ أَوِ ٱنقُصْ مِنْهُ قَلِيلًا أَوْ زِدْ عَلَيْهِ﴾ [المزمل: ٢، ٣، ٤] وقوله تعالى: ﴿إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنِ ٱتَّبَعَكَ مِنَ ٱلْغَاوِينَ﴾ [الحجر: ٤٢] فاستثنى المخلصين تارة والغاوين أخرى، فأيهما كان أكثر لزمه ولا تمنع صحته وإن لم تتكلم به العرب إذا كان موافقاً لطريقهم كاستثناء الكسور لم تتكلم به العرب، وهو صحيح لكن يدل على تكلم العرب به وروده في القرآن كما سمعت النص الكريم. وقال الشاعر:

أدوا التي نقصت تسعين من مائة ... ثم ابعثوا حكماً بالعدل حكم[1]

استثنى تسعين من مائة وإن لم يكن بأداته لأنه في معناه. وقال صاحب النهاية: ولا فرق بين استثناء الأقل والأكثر وإن لم تتكلم به العرب، ولا يمنع صحته إذا كان موافقاً لطريقهم. وعن أبي يوسف وهو قول مالك والفراء: لا يصح الاستثناء إلا إذا كان الباقي أكثر كما في مسكين. قوله: (والاستثناء المستغرق باطل ولو فيما يقبل الرجوع) قال في

(١) في ط (قوله حكم) منقطا بالأصل، وصوابه حكاماه إلا أن يكون لضرورة شعرية.

الكل ليس برجوع بل هو استثناء فاسد هو الصحيح. جوهرة. وهذا (إن كان) الاستثناء (بعين لفظ الصدر أو مساويه) كما يأتي (وإن بغيرهما كعبيدي أحرار إلا هؤلاء، أو إلا سالماً وغانماً وراشداً) ومثله نسائي طوالق إلا هؤلاء، أو إلا زينب وعمرة وهند (وهم الكل صح) الاستثناء، وكذا ثلث مالي لزيد إلا ألفاً والثلث ألف صح فلا يستحق شيئاً. إذ الشرط إيهام البقاء لا حقيقة حتى لو طلقها ستاً إلا أربعاً

منح: لما تقرر من أنه تكلم بالحاصل بعد الثنيا، ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعاً، والرجوع عن الإقرار باطل موصولاً كان أو مفصولاً. كذا في العناية وغيرها، لكن مقتضى هذا الكلام صحة استثناء الكل من الكل فيما يقبل الرجوع، وليس كذلك ومن ثم قلت: ولو فيما يقبل الرجوع كوصية. قال في الجوهرة: واختلفوا في استثناء الكل، فقال بعضهم: هو رجوع لأنه يبطل كل الكلام، وقال بعضهم: هو استثناء فاسد وليس برجوع وهو الصحيح، لأنهم قالوا في الوصي: إذا استثنى جميع الموصى به بطل الاستثناء والوصية صحيحة، ولو كان رجوعاً بطلت الوصية لأن الرجوع فيها جائز. اهـ. قوله: (هو الصحيح) على خلاف ما في الدرر حيث قال: لأنك قد عرفت أنه تكلم بالباقي بعد الثنيا، ولا باقي بعد الكل فيكون رجوعاً والرجوع بعد الإقرار باطل موصولاً كان أو مفصولاً. قوله: (بعين لفظ الصدر) كنسائي طوالق إلا نسائي وكعبيدي أحرار إلا عبيدي. قوله: (أو مساويه) نحو نسائي طوالق إلا زوجاتي أو عبيدي أحرار إلا مماليكي.

قال في المنح نقلاً عن العناية معزياً إلى الزيادات: استثناء الكل من الكل إنما لا يصح إذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ، أما إذا كان بغير ذلك فيصح كما إذا قال نسائي طوالق إلا نسائي لا يصح الاستثناء، ولو قال إلا عمرة وزينب وسعاد حتى أتى على الكل صح. قيل وتحقيق ذلك أن الاستثناء إذا وقع بغير اللفظ الأول أمكن جعله تكلماً بالحاصل بعد الثنيا، لأنه إنما صار كلاً ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لأمر يرجع إلى اللفظ الأول، فبالنظر إلى ذات اللفظ أمكن أن يجعل مستثنى بعض ما تناوله الصدر والامتناع من خارج، بخلاف ما إذا كان بعين ذلك اللفظ، فإنه لم يمكن جعله تكلماً بالحاصل بعد الثنيا. فإن قيل: هذا ترجيح جانب اللفظ على المعنى وإهمال المعنى رأساً فما وجه ذلك؟

أجيب بأن الاستثناء تصرف لفظي، ألا ترى أنه إذا قال أنت طالق ست تطليقات إلا أربعاً صح الاستثناء ووقع تطليقتان، وإن كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لأن الطلاق لا يزيد على الثلاث ومع هذا يجعل كأنه قال أنت طالق ثلاثاً إلا أربعاً فكان اعتباره أولى انتهى. قوله: (وإن بغيرهما) بأن يكون أخص منه في المفهوم، لكن في الوجود يساويه. قوله: (إذ الشرط إيهام البقاء) أي بحسب صورة اللفظ، لأن الاستثناء تصرف

صح ووقع ثنتان (كما صح استثناء الكيلي والوزني والمعدود الذي لا تتفاوت آحاده كالفلوس والجوز من الدراهم والدنانير ويكون المستثنى القيمة) استحساناً لثبوتها في

لفظي فلا يضر إبطال شيء، أفاده المصنف. قوله: **(ووقع ثنتان)** وإن كانت الستة لا صحة لها من حيث الحكم؛ لأن الطلاق لا يزيد على الثلاث، ومع هذا لا يجعل كأنه قال أنت طالق ثلاثاً إلا أربعاً، فكان اعتبار اللفظ أولى، نهر في الطلاق. وهذا مبني على أن الاستثناء من جملة الكلام السابق، لا من جملة الكلام الذي يحكم بصحته، فإن الكلام السابق ست والأربع بعضه فلم يكن مستغرقاً، ولو جعلناه استثناء من الكلام الذي يحكم بصحته لكان مستغرقاً فيبطل الكلام الذي يحكم بصحته لو صحت ستاً فقد ثبتت لأنه غاية الطلاق والأربع تزيد عليها. والشارح جعله غاية لكونه شرط الاستثناء أن يكون بلفظ الصدر أو مساويه، والأربعة ليست بلفظ الست ولا مساوية لها بل بعضها فصح استثناؤه؛ لأن الثنتين لها عبارتان كما ذكره الشارح، وليست إلا أربع هي العبارة المفرقة، فاشتراط كون الاستثناء من جملة الكلام السابق مبني على هذا. قوله: **(كما صح استثناء الكيلي)** فصله عما قبله لأنه بيان للاستثناء من خلاف الجنس، فإن مقدراً من مقدر صح عندهما استحساناً وتطرح قيمة المستثنى مما أقر به، وفي القياس لا يصح، وهو قول محمد وزفر، وإن غير مقدر من مقدر لا يصح عندنا قياساً واستحساناً، خلافاً للشافعي نحو مائة درهم إلا ثوباً، لكن حيث لم يصح هنا الاستثناء يجبر على البيان، ولا يمتنع به صحة الإقرار لما تقرر أن جهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار، ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثناء، ذكره في الشرنبلالية عن قاضي زاده.

قال القهستاني: وخرج بما ذكر القيمي كما إذا قال له علي مائة درهم إلا ثوباً، وقال الشافعي: يصح من حيث إنهما متحدا المالية، وبه قال مالك. قوله: **(ويكون المستثنى القيمة)** مثاله أن يقول: له علي عشرة قروش إلا أردب قمح يصح ذلك، ويكون بالقيمة وإن استغرقت القيمة المستثنى منه يصح كما في البحر. قوله: **(استحساناً)** والقياس أن لا يصح هذا الاستثناء كما تقدم؛ لأن الاستثناء إخراج بعض ما يتناوله صدر الكلام على معنى أنه لولا الاستثناء لكان داخلاً تحت الصدر، وهذا لا يتصور في خلاف الجنس، لكن أبا حنيفة وأبا يوسف صححاه استحساناً كما في الدرر. قوله: **(لثبوتها)** أي هذه المذكورات في الذمة؛ لأنها مقدرات وهي جنس واحد معنى وإن كانت أجناساً صورة؛ لأنها تثبت في الذمة ثمناً، أما الدينار والدرهم إذا استثنى فظاهر، وكذا غيرهما من المكيلات والموزونات؛ لأن الكيلي والوزني مبيع بأعيانهما ثمن بأوصافهما، حتى لو عينا تعلق العقد بأعيانهما، ولو وصفا ولم يعينا صار حكمهما كحكم الثمن، فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى، فالاستثناء منها تكلم بالباقي معنى لا صورة، فإنه

الذمة فكانت كالثمنين.

(وإن استغرقت) القيمة (جميع ما أقر به) لاستغراقه بغير المساوي (بخلاف) له علي (دينار إلا مائة درهم لاستغراقه بالمساوي) فيبطل لأنه استثنى الكل. بحر.

لكن في الجوهرة وغيرها: عليّ مائة درهم إلا عشرة دنانير وقيمتها مائة أو

قال ثبت لك في ذمتي كذا إلا كذا: أي إلا قيمة كذا. ولو استثنى غير المقدرات من المقدرات لا يصح قياساً واستحساناً كما قدمناه، لأن ماليته غير معلومة لكونه متفاوتاً في نفسه، فيكون استثناء للمجهول من المعلوم فيفسد فلا ينافي ما يأتي، ولأن الثوب لا يجانس الدراهم لا صورة ولا وجوباً في الذمة. وتمامه في الإتقاني. قوله: (وكانت كالثمنين) لأنها بأوصافها أثمان حتى لو عينها تعلق العقد بعينها، ولو وصفت ولم تعين صار حكمها كحكم الدينار. كفاية. قوله: (لاستغراقه بغير المساوي) أي وهو يوهم البقاء وإيهام البقاء كاف. قوله: (لكن في الجوهرة) ومثله في الينابيع، ونقله قاضي زاده عن الذخيرة كما في الشرنبلالية وفيها قال الشيخ علي المقدسي رحمه الله تعالى: لو استثنى دنانير من دراهم أو مكيلاً أو موزوناً على وجه يستوعب المستثنى كقوله له علي عشرة دراهم إلا ديناراً وقيمته أكثر وإلا كرّ برّ كذلك إن مشينا على أن استثناء الكل بغير لفظه صحيح، ينبغي أن يبطل الإقرار.

لكن ذكر في البزازية ما يدل على خلافه: قال عليّ دينار إلا مائة درهم بطل الاستثناء، لأنه أكثر من الصدر: ما في هذا الكيس من الدراهم لفلان إلا ألفاً: ينظر إن فيه أكثر من ألف فالزيادة للمقر له والألف للمقر، وإن ألف أو أقل فكلها للمقر له لعدم صحة الاستثناء. قلت: ووجهه ظاهر بالتأمل اهـ.

قلت: فكان ينبغي للمصنف أن يمشي على ما في الجوهرة حيث قال فيما قبله، وإن استغرقت. تأمل.

قال العلامة أبو السعود قلت: ولا شك أن ما في الجوهرة أوجه لما سبق من أن بطلان الاستثناء المستغرق مقيد بما إذا كان بلفظه أو مرادفه.

واعلم أن المصنف تبع قاضيخان في تفريعه على هذه المسألة: أعني صحة استثناء الكيلي والوزني ونحوهما من المقدرات، التي تثبت في الذمة من الدراهم والدنانير فقال: لو قال له دينار إلا درهماً أو إلا قفيزاً أو إلا مائة جوزة صح، ويطرح من المقدم قدر قيمة المستثنى، فإن كانت قيمته تأتي على جميع ما أقر به لا يلزمه شيء، وإن لم يكن المستثنى من جنس ما أقر به وليس له جنس من مثله كقوله دينار إلا ثوباً أو شاة لم يصح الاستثناء. وإن كان من جنسه صح الاستثناء في قولهم إلا أن يستثني جميع ما تكلم به

أكثر لا يلزمه شيء، فيحرر (وإذا استثنى عددين بينهما حرف الشك كان الأقل مخرجاً نحو له علي ألف درهم إلا مائة) درهم (أو خمسين) درهماً فيلزمه تسعمائة وخمسون على الأصح. بحر

فلا يصح الاستثناء اهـ. وآخره يخالف أوله. كذا بخط السيد الحموي عن الرمز.

وأقول: يمكن الجواب بحمل ما ذكره قاضيخان آخراً على ما إذا كان الاستثناء بمرادفه كقوله له علي ألف دينار إلا خمسمائة وخمسمائة فلا يخالف ما ذكره أولاً، لأن الاستغراق فيه من حيث القيمة، فتدبر. قوله: (فيحرر) الظاهر أن في المسألة روايتين مبنيتين على أن الدراهم والدنانير جنس واحد أو جنسان ح.

وتوضيحه: أنهم جعلوا الدراهم والدنانير نوعاً واحداً في بعض المسائل نظراً لأن المقصود منها الثمنية، وفي بعض المسائل جعلوها نوعين باعتبار الصورة كما بينه الشارح في غير هذا المحل، فصاحب البحر جعلها في مسألة الاستثناء مما هي معتبرة فيه نوعاً واحداً، فكان استثناء المائة درهم من الدينار استثناء بالمساوي لأنها تبلغ قيمة الدينار أو تزيد عليه، وصاحب الجوهرة نظر إلى أنهما نوعان في نفس الأمر كما اعتبروهما كذلك في بعض المسائل، فلذلك كان استثناء العشرة الدنانير من المائة الدرهم وهي تبلغها قيمة أو تزيد استثناء صحيحاً، فإنه ليس بلفظ الأول ولا مساوية لأنهما نوعان، إذ الشرط إيهام البقاء لا حقيقته كما ذكره الشارح، والإيهام موجود هنا، ويؤيده مسألة استثناء المكيل والموزون والمعدود.

والحاصل: أن الاستثناء المستغرق إن كان بلفظ الصدر فباطل، وإن لم يكن بلفظ الصدر ولا مساوياً له كاستثناء كر بر من الدراهم صحيح لما تقدم أن الشرط إيهام البقاء لا حقيقته، وإن كان بغير لفظ الصدر لكن بمساويه كاستثناء الدراهم من الدنانير أو العكس فوقع فيه اختلاف إذا كان مستغرقاً في البحر عن البزازية يقتضي بطلانه، وما في الجوهرة والينابيع والذخيرة يخالفه. قوله: (على الأصح) لأن الألف متيقنة الثبوت والخمسون متحققة الخروج وتمام المائة مشكوك في خروجها، والمتيقن ثبوته لا يبطل في المشكوك بخروجه وهو تمام المائة، بل بالمتيقن خروجه وهو خمسون، لكن فيه مخالفة لما مهده أولاً من أن الاستثناء تكلم بالباقي عندنا، وإنما يناسب ما نقلناه عن الشافعي رحمه الله تعالى أنه إخراج بعد الدخول بطريق المعارضة، وقدمنا أن ثمرة الخلاف إنما تظهر في مثل هذا التركيب، فعندنا يلزمه تسعمائة وخمسون على هذه الرواية، وهي رواية أبي سليمان، وفي رواية تسعمائة، وهي رواية أبي حفص، وهي الموافقة لقواعد المذهب، لأنه لما كان تكلماً بالباقي وكان مانعاً من الدخول شككنا في المتكلم به، والأصل فراغ الذمة فلا يلزمه الزائد بالشك، وعليه فكان الأولى التفريع على قاعدة المذهب، ثم يذكر هذا على أنه قول آخر.

(وإذا كان المستثنى مجهولاً ثبت الأكثر نحو له علي مائة درهم إلا شيئاً أو) إلا (قليلاً أو) إلا (بعضاً لزمه أحد وخمسون) لوقوع الشك في المخرج فيحكم بخروج الأقل (ولو وصل إقراره بإن شاء الله تعالى) أو فلان أو

تأمل. قوله: (ثبت الأكثر) أي أكثر المقر به. قوله: (إلا شيئاً) لأن استثناء الشيء استثناء الأقل عرفاً فأوجبنا النصف وزيادة درهم فقد استثنى الأقل اهـ. شلبي قوله: (فيحكم بخروج الأقل) وهو ما دون النصف لأن استثناء الشيء استثناء الأقل عرفاً فأوجبنا النصف وزيادة درهم، لأن أدنى ما تتحقق به القلة النقص عن النصف بدرهم. قوله: (ولو وصل إقراره بإن شاء الله) ولو من غير قصد كما في غاية البيان نقلاً عن الواقعات الحسامية. وقيد بالوصل لأنه لو كان منفصلاً لا يؤثر، خلافاً لابن عباس كما سبق، إلا إذا كان عدم الوصل لعذر من الأعذار التي تقدمت. قال العيني: ولو قال لامرأته أنت طالق فجرى على لسانه إن شاء الله من غير قصد، وكان قصده إيقاع الطلاق لا يقع، لأن الاستثناء موجود حقيقة، والكلام مع الاستثناء لا يكون إيقاعاً، ومثل تعليقه بمشيئة الله تعالى إقراره بمشيئة من لا تعلم مشيئته كالجن والملائكة. حموي عن المختار. وإنما بطل الإقرار في هذه لأن التعليق بمشيئة الله تعالى إبطال عند محمد فبطل قبل انعقاده للحكم وتعليق بشرط لا يوقف عليه عند أبي يوسف. درر. وثمرة الخلاف فيما إذا قدم المشيئة فقال إن شاء الله أنت طالق، فعند من قال إنه إبطال لا يقع الطلاق، وعند من قال إنه تعليق يقع لأنه إذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق، وبقي الطلاق من غير شرط فيقع. كافية واختار قول محمد صاحب الكفاية وغاية البيان وصاحب النهاية، وكذا تظهر أيضاً ثمرة الخلاف فيما إذا قال لامرأته إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال أنت طالق إن شاء الله تعالى يحنث عند أبي يوسف لأنه يمين عنده، وعند محمد لا يكون يميناً فلا يحنث. عيني

تنبيه: ما سبق من أن التعليق بمشيئة الله إبطال عند محمد وتعليق بشرط لا يوقف عليه عند أبي يوسف يشكل بما قدمناه مما يقتضي كون الخلاف بين الصاحبين على عكس ما ذكر في الدرر. وجوابه أن النقل عنهما قد اختلف. ففي الشرنبلالية بعد أن ذكر ما نقلناه من الخلاف قال. وقيل الخلاف على العكس، واختاره بعض شراح الهداية، وأيضاً فإن ما ذكرنا من أنه عند أبي يوسف تعليق بشرط لا يوقف عليه أحد وجهين، والوجه الثاني هو أن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط كما في الشرنبلالية عن قاضي زاده. قوله: (أو فلان) فيبطل ولو قال فلان شئت، لأنه علق وما نجز والإلزام حكم التنجيز لا التعليق، ولأن مشيئة فلان لا توجب الملك. شلبي.

أقول: وينظر مع ما قدمنا في تعليق الطلاق بمشيئة العبد فشاء في مجلسه صح ووقع الطلاق. شرنبلالية. وجوابه أن الإقرار إخبار فلا يصح تعليقه، والطلاق إنشاء لا إسقاط

علقه بشرط على خطر لا بكائن، كإن مت فإنه ينجز (بطل إقراره)

تصح تعليقه، واقتصرت مشيئته على المجلس نظراً لمعنى التمليك. أبو السعود. قوله: (أو علقه بشرط على خطر) كقوله لفلان عليّ ألف درهم إن شاء فلان، وكذا كل إقرار علق بالشرط نحو قوله إن دخلت الدار وإن أمطرت السماء أو هبت الريح أو إن قضى الله تعالى أو أراده أو رضيه أو أحبه أو قدره أو دبره كما في العيني. ومنه: إن حلفت فلك ما ادعيت، فلو حلف لا يلزمه، ولو دفع بناء على أنه يلزمه فله أن يسترد المدفوع كما في البحر في فصل صلح الورثة بقوله: ولو قال المدعي عليه إن حلفت أنها لك دفعتها فحلف المدعي ودفع المدعى عليه الدراهم، إن كان دفع له بحكم الشرط فهو باطل وللدافع أن يسترد اهـ. وقيد في البحر التعليق على خطر بأن لم يتضمن دعوى الأجل. قال: وإن تضمن مثل إذا جاء رأس الشهر فلك عليّ كذا لزمه للحال ويستحلف المقر له في الأجل اهـ. تأمل. وفي البحر أيضاً: ومن التعليق المبطل له ألف إلا أن يبدو لي غير ذلك أو أرى غيره أو فيما أعلم، وكذا اشهدوا أن له عليّ كذا فيما أعلم انتهى. أو قال عليّ ألف في شهادة فلان أو علمه، لأنه في معنى الشرط، بخلاف ما لو قال ذلك بالباء لأنها للإلصاق، ولو قال وجدت في كتابي: أي دفتري أنه عليّ كذا فهو باطل. وقال جماعة من أئمة بلخ: أنه يلزمه لأنه لا يكتب في دفتره إلا ما عليه الناس صيانة عن النسيان وللبناء على العادة الظاهرة، فعلى هذا لو قال البياع وجدت في يادكاري بخطي أو كتبت في يادكاري بيدي أن لفلان عليّ ألف درهم كان إقراراً ملزماً. وفي الولوالجية: ولو قال في ذكري أو بكتابي لزمه اهـ. حموي. وقد تقدم ذلك مبسوطاً، وأن موضوع الكلام فيما عليه لا فيما له، وتصوير الإقرار بما عليه في كتابه هو ما ذكرنا. قال الحموي: ولا يفرق بين قوله في كتابي أو في كتاب فلان. نقله عن الولوالجية. قال العلامة المقدسي في الرمز: وأنت خبير بأن كتاب فلان غير مأمون عليه من التغيير، بخلاف كتاب المقر اهـ. قال ط: وهذا يفيد أنه لا يعمل بإقراره بما عليه إلا إذا كان بكتابه، وأنه لا يعمل بكتابته ماله على الناس لأنه إثبات حق على غيره بمجرد كتابة المدعي، ولا نظير له في الشريعة، فالإفتاء بلزومه بمجرد ذلك ضلال مبين. قوله: (كإن مت فإنه ينجز) المعلق بكائن لأنه ليس تعليقاً حقيقة بل مراده به أن يشهدهم لتبرأ ذمته بعد موته إن جحد الورثة فهو عليه مات أو عاش، فمرجعه إلى تأكيد الإقرار كما في الحموي والزيلعي وغيرهما، والشارح تبع فيه المصنف وهو تبع صاحب البحر.

قال ط: ومنه يعلم أن قوله في البحر: وإن بشرط كائن فتنجيز كعليّ ألف درهم إن مت لزمه قبل الموت منظور فيه، وللقائل أن يقول: إن قوله إن مت في عبارة الشرح يحتمل رجوعه إلى الإقرار لا إلى الشهادة. وأجيب بأن تصرف العاقل يصان عن الإلغاء ما أمكن، وذلك بجعله شرطاً للشهادة، فلو قال المقر أردت تعليق الإقرار ورضي بإلغاء كلامه. قلنا: تعلق حق المقر له يمنع ذلك كما في الرمز اهـ مختصراً.

بقي لو ادعى المشيئة هل يصدق؟ لم أره، وقدمنا في الطلاق أن المعتمد لا، فيكون الإقرار كذلك لتعلق حق العبد. قاله المصنف.

(وصح استثناء البيت من الدار لا استثناء البناء) منهما لدخوله تبعاً فكان وصفاً، واستثناء الوصف لا يجوز (وإن قال بناؤها لي وعرصتها لك فكما قال) لأن العرصة هي البقعة لا البناء، حتى لو قال وأرضها لك كان له البناء أيضاً لدخوله

قال ط: بقي لو كان الكلام من أول الأمر بصورة صاحب البحر، والظاهر اللزوم حالاً كما قال لتعلق حق المقر، ولا يجعل وصية، وقد استفيد هذا من قوله فلو قال المقر أردت الخ اهـ. لكن تقدم في متفرقات البيع أنه يكون وصية. والحاصل أن التعليق على ثلاثة أقسام: إما أن يصل إقراره بإن شاء الله، فإنه باطل عند محمد، وتعليق عند أبي يوسف. وإما أن يصله بإن شاء فلان ونحوه مما هو تعليق على خطر فهو تعليق اتفاقاً والإقرار لا يصح تعليقه بالشرط. وإما أن يعلقه بكائن لا محالة فهو تنجيز فلا يبطل الإقرار وكذا إذا قال إذا جاء رأس الشهر أو أفطر الناس أو إلى الفطر أو إلى الأضحى، لأن هذا ليس بتعليق وإنما هو دعوى الأجل إلى الوقت المذكور فيقبل إقراره، ودعواه الأجل لا تقبل إلا ببينة أو بإقرار الطالب. قوله: (بقي لو ادعى المشيئة) أي ادعى أنه قال إن شاء الله تعالى. قوله: (قاله المصنف) وعبارته: ويقبل قوله إن ادعاه، وأنكره في ظاهر المروي عن صاحب المذهب، وقيل لا يقبل إلا ببينة على الاعتماد لغلبة الفساد خانية. وقيل إن عرف بالصلاح فالقول له. قال الرملي في حواشيه: أقول: الفقه يقتضي أنه إذا ثبت إقراره بالبينة لا يصدق إلا ببينة، أما إذا قال ابتداء أقررت له بكذا مستثنياً في إقراري يقبل قوله بلا بينة، كأنه قال له عندي كذا إن شاء الله تعالى، بخلاف الأول لأنه يريد إبطاله بعد تقرره. تأمل اهـ. قوله: (وصح استثناء البيت من الدار) لأنه جزء من أجزائها فيصح استثناء الجزء من الكل كالثلث أو الربع. بدائع. ولو قال هذه النخل بأصولها لفلان والثمر لي كان الكل للمقر له، ولا يصدق المقر إلا بحجة كما في الخانية. قوله: (منهما) أي من الدار والبيت. قوله: (لدخوله تبعاً) أي لدخول البناء معنى وتبعاً لا لفظاً، والاستثناء تصرف في الملفوظ، وذلك لأن الدار اسم لما أدير عليه البناء من البقعة، وبحث فيه ملا خسرو بأنه لا ينكر أن البناء جزء من الدار لا يرد المنصوص، ولهذا لو استحق البناء في البيع قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته، بل يتخير المشتري. بخلاف البيت تسقط حصته من الثمن أو حصته. قوله: (واستثناء الوصف لا يجوز) كقوله له هذا العبد إلا سواده. قوله: (وإن قال بناؤها لي وعرصتها لك فكما قال) وكذا لو قال بياض هذه الأرض لفلان وبناؤها لي. قوله: (هي البقعة) فقصر الحكم عليها يمنع دخول الوصف تبعاً. قوله: (حتى لو قال وأرضها لك كان له البناء أيضاً).

تبعاً، إلا إذا قال بناؤها لزيد والأرض لعمرو فكما قال.

أقول: هذا مخالف للعرف الآن، فإن المعروف أن الأرض بمعنى العرصة، وعليه فينبغي أن لا يكون البناء تابعاً للأرض تأمل. قوله: (إلا إذا قال بناؤها لزيد والأرض لعمرو فكما قال) لأنه لما أقر بالبناء لزيد صار ملكه، فلا يخرج عن ملكه بإقراره لعمرو بالأرض، إذ لا يصدق قوله في حق غيره، بخلاف المسألة الأولى، لأن البناء ملوك له، فإذا أقر بالأرض لغيره يتبعها البناء، لأن إقراره مقبول في حق نفسه.

وحاصله في الدار والأرض اسم لما وضع عليه البناء لا اسم للأرض والبناء، لكن البناء يدخل تبعاً في بيعه والإقرار به، والعرصة اسم للأرض خالية عن البناء فلا يدخل فيها البناء لا أصلاً ولا تبعاً. والأصل: أن الدعوى لنفسه لا تمنع الإقرار لغيره، والإقرار لغيره يمنع الإقرار لشخص آخر، إذا علم هذا فإذا أقر بالدار لشخص فقد أقر بالأرض التي أدير عليها البناء، ولفظ الدار لا يشمل البناء، لكنه يدخل تبعاً فكان بمنزلة الوصف، والاستثناء أمر لفظي لا يعمل إلا فيما يتناوله اللفظ، فلا يصح استثناؤه للبناء لأنه لم يتناوله لفظ الدار، بل إنما دخل تبعاً، وهذا معنى. قوله «واستثناؤه الوصف لا يجوز» بخلاف البيت فإنه اسم لجزء من الدار مشتمل على أرض وبناء فصح استثناؤه باعتبار ما فيه من الأصل، وهو الأرض، فكان متناوله لفظ الدار. والاستثناء إخراج لما تناوله لفظ المستثنى منه، ولا يضر كون البناء جزءاً من مسمى البيت مع أنه وصف من الدار، لأنه لم يستثن الوصف منفرداً بل تبعاً بالأصل الذي هو الأرض.

وتخريج جنس هذه المسائل على أصلين. أحدهما: أن الدعوى قبل الإقرار لا تمنع صحة الإقرار، والدعوى بعد الإقرار لبعض ما دخل تحت الإقرار لا تصح. والثاني: أن إقرار الإنسان على نفسه جائز وعلى غيره لا يجوز. إذا عرفنا هذا فنقول[1]: إذا قال بناء هذه الدار لي وأرضها لفلان كان البناء والأرض للمقر له، لأنه لما قال بناء هذه الدار لي فقد ادعى لنفسه، فلما قال وأرضها لفلان فقد جعل مقراً بالبناء للمقر له تبعاً للإقرار بالأرض لأن البناء تبع للأرض، إلا أن الدعوى قبل الإقرار لا تمنع صحة الإقرار[2] وإن قال أرضها لي وبناؤها لفلان كانت الأرض له وبناؤها لفلان، لأنه لما قال أولاً أرضها لي فقد ادعى الأرض لنفسه، وادعى البناء أيضاً لنفسه تبعاً للأرض، فإذا قال بعد ذلك وبناؤها لفلان فقد أقر لفلان بالبناء بعد ما ادعاه لنفسه، والإقرار بعد الدعوى صحيح فيكون لفلان البناء دون الأرض، لأن الأرض ليس بتابع للبناء[3]. وإن قال

---

(١) في ط تخريج على الشق الأول من الأصل الأول.
(٢) في ط تخريج على الشق الأول من الأصل الأول أيضاً.
(٣) في ط تخريج على الشق الثاني من الأصل الأول.

(و) استثناء (فص الخاتم ونخلة البستان

أرضها لفلان وبناؤها لي كانت الأرض والبناء للمقر له بالأرض، لأنه لما قال أولاً أرضها لفلان فقد جعل مقراً لفلان وبناؤها لي(١) كان الأرض للمقر له بالأرض، لأنه لما قال أولاً أرضها لفلان فقد جعل مقراً بالبناء، فلما قال بناؤها لي فقد ادعى لنفسه بعد ما أقر لغيره، والدعوى بعد الإقرار لبعض ما تناوله الإقرار لا يصح(٢). وإن قال أرضها لفلان وبناؤها لفلان آخر كان الأرض والبناء للمقر له الأول لأنه جعل مقراً للمقر له الأول بالبناء، فإذا قال بناؤها لفلان جعل مقراً على الأول لا على نفسه، وقد ذكرنا أن إقرار المقر على نفسه جائز وعلى غيره لا يجوز(٣). وإن قال بناؤها لفلان وأرضها لفلان آخر كان كما قال، لأنه لما أقر بالبناء أولاً صح إقراره للمقر له لأنه إقرار على نفسه، فإذا أقر بعد ذلك بالأرض لغيره فقد أقر بالبناء لذلك الغير تبعاً للإقرار بالأرض، فيكون مقراً على غيره وهو المقر له الأول، وإذا أقر الإنسان على غيره لا يصح لما علمت من الأصل الثاني من أن إقرار الإنسان على غيره لا يجوز.

أقول: لكن تنقض بما لو أقر مستأجر بدين لغيره على المستأجر، ويفسخ به عند الإمام. ولو أقرت زوجته بدين تحبس به ويمنع منها كما في المقدسي. قوله: (واستثناء فص الخاتم) بأن قال هذا الخاتم لفلان إلا فصه. وفي الذخيرة عن المنتقى: إذا قال هذا الخاتم لي إلا فصه فإنه لك، أو قال هذه المنطقة لي إلا حليتها فإنها لك، أو قال هذا السيف لي إلا حليته أو قال إلا حمائله فإنها لك، أو قال هذه الجبة لي إلا بطانتها فإنها لك، والمقر له يقول هذه الجبة لي فالقول قول المقر، فبعد ذلك ينظر إن لم يكن في نزع المقر به ضرر للمقر يؤمر المقر بالنزع والدفع للمقر له. وإن كان في النزع ضرر أحب المقر أن يعطيه قيمة ما أقر به فعل ذلك. وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى اهـ. ولو قال الحلقة له والفص لي، يصح ذكره صدر الشريعة. قوله: (ونخلة البستان) ومثله نخلة الأرض إلا أن يستثنيها بأصولها، لأن أصولها دخلت في الإقرار قصداً لا تبعاً.

وفي الخانية بعد ذكر الفص والنخلة وحلية السيف قال: لا يصح الاستثناء وإن كان موصولاً إلا أن يقيم المدعي البينة على ما ادعاه.

لكن في الذخيرة: لو أقر بأرض أو دار لرجل دخل البناء والأشجار، حتى لو أقام المقر بينة بعد ذلك على أن البناء والأشجار له لم تقبل بينته اهـ. إلا أن يحمل على كونه مفصولاً لا موصولاً كما أشار لذلك في الخانية، فليتحرر.

---

(١) في ط (قوله وبناؤها لي) كان الظاهر أن يقول فلما قال ثانياً وبناؤها لي الخ ليوافق ما سبقه.

(٢) في ط (تفريع على الأصل الثاني).

(٣) في ط (تفريع على الأصل الثاني منه)

وطوق الجارية كالبناء) فيما مر (وإن قال) مكلف (له علي ألف من ثمن عبد ما قبضته) الجملة صفة عبد وقوله (موصولاً) بإقراره حال منها ذكره في الحاوي، فليحفظ (وعينه) أي عين العبد وهو في يد المقر له (فإن سلمه إلى المقر لزمه الألف وإلا لا) عملاً بالصفة (وإن لم يعين) العبد (لزمه) الألف (مطلقاً) وصل أم فصل،

وفي الخانية: لو قال هذا البستان لفلان إلا النخلة بغير أصولها فإنها لي لا يصح الاستثناء، بخلاف إلا نخلها بأصولها، وكذلك هذه الجبة لفلان إلا بطانتها لأن البطانة تدخل في البيع تبعاً فكانت كالبناء، ثم قال: وهو محمول على جبة بطانتها في انفاسة دون الظهارة. قال في الرمز: وما نقل عن السير الكبير أن الإمام لو قال من أصاب جبة خز فهي له فله الظهارة دون البطانة، حمل على جبة بطانتها كظهارتها نفاسة، فلا تتبعها فهي كجبتين، وما هنا على دون البطانة حتى لو استويا صح الاستثناء اهـ.

أقول: ومثل نخلة البستان نخلة الأرض، لأن الشجر يدخل في البستان والأرض تبعاً فلا يصح استثناؤه، بخلاف نخلة عرصة البستان، لأن العرصة لا تتناول الشجرة كما لا تتناول البناء لا أصلاً ولا تبعاً إلا أن يستثنيها بأصولها كما ذكرنا. قوله: (وطوق الجارية) استشكل بأنهم نصوا أنه لا يدخل معها تبعاً إلا المعتاد للمهنة لا غير كالطوق، إلا أن يحمل على أنه لا قيمة له كثيرة كطوق حديد أو نحاس، وفيه نظر. ط عن الحموي.

أقول: ذلك في البيع لأنها وما عليها للبائع، أما هنا فإنه لما أقر بها ظهر أنها للمقر له والظاهر منه أن ما عليها لمالكها فيتبعها ولو جليلاً. تأمل. قوله: (فيما مر) أي من أنه لا يصح. قوله: (قال مكلف له علي ألف من ثمن عبد ما قبضته) قيد قوله «علي» لأنه لو قال ابتداء اشتريت منه مبيعاً إلا أني لم أقبضه قبل قوله، كما قبل قول البائع بعته هذا ولم أقبض الثمن والمبيع في يد البائع، لأنه منكر قبض المبيع أو الثمن والقول للمنكر، بخلاف ما هنا، لأن قوله ما قبضته بعد قوله له علي كذا رجوع، فلا يصح. أفاده الرملي. قوله: (حال منها) أي حال كون قوله ما قبضته موصولاً بالكلام الأول، فلو لم يصله لم يصدق أفاده المصنف. والذي يظهر أنه حال من الضمير في قال: أي قال حال كونه واصلاً. قوله: (فإن سلمه) لعلهم أرادوا بالتسليم هنا الإحضار، أو يخص هنا من قولهم يلزم المشتري تسليم الثمن أو لا، لأنه ليس ببيع صريح. مقدسي ملخصاً قوله: (عملاً بالصفة) قال في المنح: وإن لم يوجد ما ذكر من القيد وهو التسليم لا يلزمه لأنه أقر له بالألف على صفة فيلزمه الصفة التي أقر بها، وإذا لم توجد لا يلزمه اهـ. وصل أو فصل، هذا مذهب الإمام، وقالا: إن وصل صدق فلا يلزمه، وإن فصل لا يصدق. قوله: (وإن لم يعين العبد لزمه الألف مطلقاً وصل أم فصل) كأنه بيان لموجب الإطلاق، ويحتمل أنه أراد بالإطلاق سواء كذبه المقر له أو صدقه بدليل ما يأتي حيث قيدها بقوله وإن كذبه المقر له،

وقوله ما قبضته لغو لأنه رجوع (**كقوله من ثمن خمر أو خنزير أو مال قمار أو حر أو ميتة أو دم**) فيلزمه مطلقاً (**وإن وصل**) لأنه رجوع (**إلا إذا صدقه أو أقام بينة**) فلا يلزمه (**ولو قال له علي ألف درهم حرام أو رباً فهي لازمة مطلقاً**) وصل أم فصل لاحتمال حله عند غيره (**ولو قال علي زوراً أو باطلاً لزمه إن كذبه المقر له وإلا**) بأن صدقه (**لا**) يلزمه.

وهو أولى لأنه جعل بتعيه فصلها لكنه يبعد أن يلزمه ذلك مع اعتراف كل منهما أنه حرام أو ربا تأمل. قوله: (**لأنه رجوع**) أي عما أقر به، وذلك لأن الصدر موجب وإنكار قبض مبيع غير معين ينافيه، ولأنه لو ادعى تأخير الثمن شهراً لم يقبل، فكيف جحوده إذ ما من عبد يأتي به البائع إلا يأتي للمشتري منع كونه المبيع، بخلاف المعين. وما ذكره المصنف أحد وجوه أربعة في المسألة.

والثاني: أن يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وإنما بعتك عبداً آخر وسلمته إليك، والحكم فيه كالأول لأنهما اتفقا على ما أقر به من أن كل واحد منهما يستحق ما أقر به، غير أنهما اختلفا في سبب الاستحقاق، ولا يبالي باختلافهما، ولا باختلاف السبب عند حصول المقصود واتحاد الحكم، فصار كما إذا أقر له بغصب ألف درهم فقال المقر له هي قرض فإنه يؤمر بالدفع إليه لاتفاقهما على الاستحقاق.

والثالث: أن يقول العبد عبدي ما بعتكه، وحكمه أن لا يلزم المقر شيء لما ذكر أنه أقر له على صفة وهي سلامة العبد، فلا يلزمه بدونها.

والرابع: أن يقول المقر له لم أبعك هذا العبد وإنما بعتك عبداً آخر، فحكمه أن يتحالفا لأنهما اختلفا في المبيع إذ كل منهما مدع ومنكر، فإذا حلفا انتفى دعوى كل عن صاحبه، فلا يقضي عليه بشيء والعبد سالم في يده. هـ. وتمامه في الزيلعي والنحرير موضحاً. قوله: (**كقوله من ثمن خمر الخ**) تشبيه للمسألة السابقة حكماً وخلافاً. قوله: (**أو مال قمار**) الأنسب تأخيره عما بعده ليسلط لفظ الثمن على الحر والميتة والدم، وهو معطوف على ثمن. قوله: (**فيلزمه مطلقاً**) عنده، وعندهما: إن وصل صدق، وإن فصل لا كما في المسألة الأولى. قوله: (**إلا إذا صدقه**) أي المقر له. قوله: (**أو أقام عليه**) أي المقر، واعتمد المصنف في تعيين مرجع الضميرين المقام والظهور. قوله: (**لاحتمال حله عند غيره**) أي في مذهب غيره كما إذا باع ما اشتراه قبل قبضه من بائعه بثمن أقل مما اشترى به فالزيادة عليه عندنا حرام أو ربا، وعند الشافعي: يجوز هذا البيع، وليس زيادة أحد الثمنين حراماً ولا رباً، وظاهر هذا التعليل أنهما إذا اتفقا على ذلك لا يلزم المقر شيء ط. قوله: (**ولو قال علي زوراً أو باطلاً**) أي هو على حال كون زوراً أو باطلاً، أو من جهة ذلك فهما منصوبان على الحال أو التمييز. قوله: (**لزمه إن كذبه**) أي في كونه زوراً أو باطلاً. قوله:

(والإقرار بالبيع تلجئة) هي أن يلجئك إلى أن تأتي أمراً باطنه على خلاف ظاهره فإنه (على هذا التفصيل) إن كذبه لزم البيع، وإلا لا (ولو قال له علي ألف درهم زيوف) ولم يذكر السبب (فهي كما قال على الأصح) بحر (ولو قال له علي ألف) من ثمن متاع أو قرض وهي زيوف مثلاً لم يصدق مطلقاً لأنه رجوع، ولو قال (من غصب أو وديعة إلا أنها زيوف أو نبهرجة صدق مطلقاً) وصل أم فصل (وإن قال ستوقة أو رصاص فإن وصل صدق وإن فصل لا) لأنها دراهم مجازاً

(هي أن يلجئك الخ) قال الشارح في التهذيب آخر الصرف: هو أن يظهرا عقداً وهما لا يريدانه يلجأ إليه لخوف عدو، وهو ليس ببيع في الحقيقة بل كالهزل انتهى. قوله: (إن كذبه) أي المشتري البائع. قوله: (وإلا لا) قال في البدائع: كما لا يجوز بيع التلجئة لا يجوز الإقرار بالتلجئة بأن يقول لآخر إني أقر لك في العلانية بمال وتواضعا على فساد الإقرار لا يصح إقراره، حتى لا يملكه المقر له. قوله: (زيوف) جمع زيف وصف بالمصدر ثم جمع على معنى الاسمية. يقال: زافت الدراهم تزيف زيفاً ردأت والمراد به ما يرده بيت المال ويقبله التجار والنبهرجة دون الزيوف، فإنهما مما يرده التجار والستوقة أردأ من النبهرجة، وتقدم آخر البيوع، وقدمناه في شتى القضاء. قوله: (ولم يذكر السبب) كثمن مبيع أو غصب أو وديعة. قوله: (على الأصح) أي إجماعاً، وقيل على الخلاف الآتي. قوله: (وهي زيوف مثلاً) أو أو نبهرجة. قوله: (لم يصدق مطلقاً) أي عنده، وقالا: يصدق إن وصل. أي في قوله زيوف أو نبهرجة بل يلزمه الجياد لأن العقد يقتضيها.

فدعوى الزيف رجوع عما أقر به، بخلاف ما إذا قال إلا أنها وزن خمسة ونقد البلد وزن سبعة حيث يصح موصولاً لا مفصولاً، لأنه استثنى القدر فصار مغيراً فيصح بشرط الوصل ولو قال علي كر حنطة من ثمن دار اشتريتها منه إلا أنها رديئة يقبل موصولاً ومفصولاً، لأن الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها، بخلاف الجودة. زيلعي. وقوله: مطلقاً: أي وصل أم فصل. وقال زفر: يعتبر إقراره إذا قال المقر له هي جياد. قوله: (صدق مطلقاً) لأن الغاصب يغصب ما يصادف والمودع يودع ما عنده فلا يقتضي السلامة. قوله. (وصل أم فصل) إذ لا اختصاص للغصب والوديعة بالجياد دون الزيوف إلى آخر ما قدمناه، فلم يكن زيوفاً تغييراً لأول كلامه بل هي بيان للنوع فصح موصولاً ومفصولاً. درر. وحاصل الفرق بينهما وبين ما تقدم أن فيما تقدم أقر بعقد البيع أو القرض والعقد يقتضي سلامة العوضين عن العيب كما تقدم، وهنا أقر بالغصب والوديعة وهما لا يقتضيان السلامة، وهو قابض والقول للقابض أميناً كان أو ضميناً. قوله: (لأنها دراهم مجازاً) فكان هذا من باب التغيير فلا

(وصدق) بيمينه (في غصبته) أو أودعني (ثوباً إذا جاء بمعيب) ولا بينة (و) صدق (في له علي ألف) ولو من ثمن متاع مثلاً (إلا أنه ينقص كذا) أي الدراهم وزن خمسة لا وزن سبعة (متصلاً وإن فصل) بلا ضرورة (لا) يصدق لصحة استثناء القدر لا الوصف كالزيافة (ولو قال) لآخر (أخذت منك ألفاً وديعة فهلكت) في يدي بلا تعدّ (وقال الآخر بل) أخذتها مني (غصباً ضمن) المقر لإقراره بالأخذ وهو سبب الضمان (وفي) قوله أنت

يصح مقصوداً. قوله: (وصدق بيمينه في غصبته أو أودعني) لأن الغصب والوديعة لا يقتضيان وصف السلامة كما تقدم. قوله: (مثلاً) أي أو قرضاً. قوله: (إلا أنه ينقص كذا) أي الدراهم، ومثله في الشرنبلالية لكن في العيني قوله إلا أن ينقص كذا: أي مائة درهم وهو ظاهر. قوله: (أي الدراهم الخ) أي أن كل عشرة من دراهم هذا الألف وزن خمسة مثاقيل لا وزن سبعة منها. قوله: (متصلاً) أي قال ذلك متصلاً. قوله: (وإن فصل بلا ضرورة لا يصدق).

قال الزيلعي: ولو كان الانقطاع بسبب انقطاع النفس أو بسبب دفع السعال، فعن أبي يوسف أنه يصح إذا وصله به، وعليه الفتوى لأن الإنسان يحتاج إلى أن يتكلم بجميع ذلك بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره، ولا يمكنه أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد، فلو لم يجعل عذراً يكون عليهم حرج، وعليه الفتوى اهـ. قوله: (لا الوصف كالزيافة) فلذا لم يصح له علي ألف من ثمن متاع إلا أنها زيوف فهو كما لو قال: وهي زيوف.

وحاصل الفرق بين هذا وبين ما إذا قال هي زيوف حيث لا يصدق هناك، لأن الزيافة وصف فلا يصح استثناؤها وهذا قدر. قوله: (ضمن المقر) ما أقر بأخذه له لأنه أقر بسبب الضمان وهو الأخذ، ثم إنه ادعى ما يوجب البراءة وهو الإذن بالأخذ والآخر ينكر، فالقول قوله مع يمينه، بخلاف ما إذا قال له المقر له بل أخذتها قرضاً، حيث يكون القول للمقر كما سيأتي، وكذا لو قال أخذته عارية فقال بل بيعاً فالقول للآخذ لإنكاره البيع، وهذا إذا لم يلبسه. بزازية. والعمدة في عدم الضمان هو اتفاقهما أن الأخذ كان بالإذن. سائحاني.

ولعل العارية عرفة عن الوديعة، لأن اللبس في العارية مباح دون الوديعة، ومعلوم أن العارية تبيح التصرف كالبيع، فلا يصلح اللبس هنا فارقاً، لكن في البدائع قال: أعرتني ثوبك فهلك وقال المقر له لا بل غصبته، فإن الهلاك بعد اللبس يضمن، لأن لبس ثوب الغير سبب لوجوب الضمان في الأصل، فدعوى الإذن دعوى براءة عن الضمان فلا يثبت إلا بحجة اهـ. قوله: (وهو سبب الضمان) لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم «على اليد

(أعطيتنيه وديعة وقال الآخر) بل (غصبته) مني (لا) يضمن بل القول له لإنكاره الضمان (وفي هذا كان وديعة) أو قرضاً لي (عندك فأخذته) منك (فقال) المقر له (بل هو لي أخذه المقر له) لو قائماً، وإلا قيمته لإقراره باليد له ثم بالأخذ منه وهو سبب الضمان (وصدق من قال آجرت) فلاناً (فرسي) هذه (أو ثوبي هذا فركبه أو

ت أخذت حتى تؤديه»[1] أي ثم بعد إقراره بالأخذ ادعى ما يوجب براءته، وهو الإذن بالأخذ والآخر ينكر، فكان القول له بيمينه، فإن نكل عنه لا يلزم، أما لو قال له بعد قوله أخذتها وديعة بل أخذتها قرضاً يكون القول للمقر؛ لأنهم تصادقا على أن الأخذ حصل بالإذن، وهو لا يوجب الضمان، ثم إن المالك يدعي عقد القرض والمقر ينكره فالقول له، ومثله لو قال أخذتها بيعاً بعد قوله ما تقدم. أفاده المصنف ومثله في العيني. قوله: (أعطيتنيه) قال الخير الرملي: ومثله دفعتها لي وديعة ونحوه مما يكون من فعل المقر له. تأمل. قوله: (لإنكاره الضمان) قال المصنف: لأنه لم يقر بسبب الضمان بل أقر بالإعطاء وهو فعل المقر له، فلا يكون مقراً على نفسه بسبب الضمان والمقر له يدعي عليه سبب الضمان، وهو ينكر والقول قول المنكر.

قال في الهندية: والفرق أن في الفصل الأول أقر بسبب الضمان وهو الأخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن والآخر ينكره، فيكون القول له مع اليمين، وفي الثاني أضاف الفعل إلى غيره وذلك يدعي بسبب الضمان وهو الغصب وهو ينكر فيكون القول للمنكر مع اليمين. ومما يكثر وقوعه ما في التاترخانية أعرتني هذه الدابة فقال لا ولكنك غصبتها، فإن لم يكن المستعير ركبها فلا ضمان وإلا ضمن، وكذا دفعتها لي عارية أو أعطيتنيها عارية.

وقال أبو حنيفة: إن قال أخذتها منك عارية وجحد الآخر ضمن. وإذا قال أخذت هذا الثوب منك عارية فقال أخذته مني بيعاً فالقول للمقر ما لم يلبسه لأنه منكر الثمن، فإن لبس ضمن أعرتني هذا فقال لا بل آجرتك لم يضمن إن هلك بخلاف قوله غصبته حيث يضمن إذا كان استعمله اهـ. قوله: (وإلا قيمته) فيه أن فرض المسألة في المشار إليه، إلا أن يقال كان موجوداً حين الإشارة ثم استهلكه المقر. تأمل. قوله: (لإقراره باليد ثم بالأخذ منه) أي ثم ادعى الاستحقاق بعد فلا يصدق بلا برهان. قوله: (وصدق من قال آجرت فلاناً فرسي هذه الخ) أقول صورة المسألة: في يد إنسان فرس أو ثوب فقال مخاطباً لزيد إنك كنت آجرت أو أعرت فرسي هذه أو ثوبي هذا لعمرو فرده عمرو عني وكذبه عمرو: أي قال لم أستأجره ولم أستعره، فالقول للمقر الذي هو ذو اليد، ولا

[1] أخرجه أحمد في المسند ٥/٨ والدارمي ٢/٢٦٤ وأبو داود (٣٥٦١) والترمذي (١٢٦٦) وابن ماجة (٢٤٠٠) والحاكم في المستدرك ٢/٤٧ وصحح إسناده وأقره الذهبي والبيهقي في السنن ٦/٩٠.

لبسه) أو أعرته ثوبي أو أسكنته بيتي (وردّه أو خاط) فلان (ثوبي هذا بكذا فقبضته) منه وقال فلان بل ذلك لي (فالقول للمقر) استحساناً لأن اليد لا في إجارة

يكون قوله لزيد أجرته أو أعرته إقراراً لزيد بالملك لقوله فرسي أو ثوبي. تأمل. ذكره في الحواشي الخيرية. قوله: (فالقول للمقر استحساناً) وهو قول الإمام وقالا القول قول المأخوذ منه، وكذا الإعارة والإسكان لأنه أقر له باليد، ثم ادعى الاستحقاق وله أن اليد فيما ذكر ضرورة استيفاء المعقود عليه، فلا يكون إقراراً باليد قصداً فيبقى فيما وراء الضرورة في حكم يد المالك، بخلاف الوديعة والقرض ونحوهما، ولأن في الإجارة ونحوها أقر بيد من جهته فالقول له في كيفيتها، ولم يقر بذا في الوديعة فيحتمل أنها وديعة بإلقاء الريح في بيته حتى لو قال أودعتها فهو على الخلاف، وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ ونحوها كما توهمه الزيلعي، لأنه ذكر الأخذ في الطرف الآخر في إقرار. كذا في التبيين. وأنت خبير بأنه لم يذكر في القرض ما ذكر في الوديعة فكان قاصراً، وما ذكره فيها نادر لا يبتنى عليه حكم إلا أن يقال: اكتفى بما سيذكره بعد في توجيه حكم قوله قبضت منه ألفاً كانت لي عليه فإنه يشمل القرض كما لا يخفى.

ونقل الزيلعي عن النهاية: أن الخلاف إذا لم يكن المقر به معروفاً للمقر، وإلا فالقول له إجماعاً وعزاه إلى الأسرار، وفيه بأنه إذا كان معروفاً به فالقاضي لا يعرف ذلك إلا بشهادة العارفين عنده لا بمجرد قوله، فليتأمل. وإن قلتم: القاضي يعلم ذلك. قلنا: لا يقضي بعلمه الآن. ولو قال قبضت منه ألفاً كانت لي عليه وأنكر عليه أخذها لأنه أقر له بالملك وأنه أخذ بحقه وهو مضمون عليه، إذ الدين يقضى بمثله وادعى ما يبرئه والآخر ينكر، بخلاف الإجارة ونحوها لما بينا، ولأنا لو آخذنا الناس بإقرارهم فيها لامتنعوا عنها والحاجة ماسة إليها، فلا يؤاخذ به استحساناً دفعاً للحرج.

وفي الولوالجية: وعلى هذا الخلاف لو قال أودعت فلاناً هذه الألف ثم أخذتها منه هما يقولان أقر بسبب يوجب ضمان الرد وادعى ما يبرئه فلا يصدق إلا ببينة، كما لو قال أخذت منك ألفاً كانت وديعة لي عندك وقال المأخوذ منه بل ملكي، وأبو حنيفة يقول: الإقرار[1] بالإجارة والإعارة والإيداع أولاً صح، لأنه أقر بما في يده وليس بحقه دعوى البراءة عن الضمان فصار الثابت بالإقرار كالثابت عياناً، ولو عاينا أنه أعار أو آجر أو أودع ثم أخذ لا يلزمه الرد، كذا ها هنا، فأما إذا قال أخذت منه وهو كان عنده عارية أو إجارة أو وديعة، فالإقرار بهذه الأشياء لا يصح، فصار كما لو سكت عن دعوى الثلاثة، ولو قال فلان ساكن في هذه الدار فالقول للساكن أنها له، ولو قال زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس الكرم وهو بيد المقر أو خاط القميص ولم يقل قبضته منه فقال بل

---

(١) في ط (قوله يقول الإقرار إلخ) هكذا بالأصل، ولعله «أن الإقرار».

ضرورية. بخلاف الوديعة (هذا الألف وديعة فلان لا بل وديعة فلان فالأول للأول وعلى المقر) ألف (مثله للثاني بخلاف هي لفلان لا بل لفلان) بلا ذكر إيداع (حيث لا يجب عليه للثاني شيء) لأنه لم يقر بإيداعه، وهذا (إن كانت معينة، وإن كانت غير معينة لزمه أيضاً كقوله غصبت فلاناً مائة درهم ومائة دينار وكر حنطة لا بل فلاناً لزمه لكل واحد منهما كله، وإن كانت بعينها فهي للأول وعليه للثاني مثلها، ولو كان المقر له واحداً

ملكي فالقول للمقر والإقرار بالسكنى إقرار باليد، ولو قال ذا اللبن أو الجبن من بقرته أو الصوف من غنمه أو التمر من نخله أو العسل من نحله وطلبه أمر بالدفع إليه.

وفي الخانية: ولدت أمة في يده وقال الأمة لفلان والولد لي فكما قال، لأن الإقرار بالجارية لا يكون إقراراً بالولد، بخلاف البناء ونحوه، وكذا سائر الحيوان والثمار المحرزة في الأشجار بمنزلة ولد الجارية، ولو قال لصندوق فيه متاع في يده الصندوق لفلان والمتاع لي أو هذه الدار لفلان وما فيها من المتاع لي فالقول له. مقدسي. قوله: (بخلاف الوديعة) ومثلها القرض، لأن اليد فيهما مقصورة فيكون الإقرار بهما إقراراً باليد كما في المنح. قوله: (وعلى المقر ألف مثله للثاني) لأن الإقرار صح للأول، قوله «لا بل وديعة فلان» إضراب عنه ورجوع، فلا يقبل قوله في حق الأول، ويجب عليه ضمان مثلها للثاني لأنه أقر له بها وقد أتلفها عليه بإقراره بها للأول فيضمن له. منح. وسيأتي قبيل الصلح ما لو قال أوصى أبي بثلث ماله لفلان بل لفلان. قوله: (بخلاف هي لفلان الخ) فلم يكن مقراً بسبب الضمان، بخلاف الأولى فإنه حيث أقر بأنه وديعة لفلان الآخر يكون ضامناً حيث أقر بها للأول لصحة إقراره بها للأول فكانت ملك الأول ولا يمكن تسليمها للثاني، بخلاف ما إذا باع الوديعة ولم يسلمها للمشتري لا يكون ضامناً بمجرد البيع حيث يمكنه دفعها له بها هنا ما ظهر. فتأمل. وأيضاً لأنه أقر بها للأول ثم رجع وشهد بها للثاني فرجوعه لا يصح وشهادته لا تقبل. منح.

فرع: أقرّ بمالين واستثنى كله على ألف درهم ومائة دينار إلا درهماً: فإن كان المقر له في المالين واحداً يصرف إلى المال الثاني، وإن لم يكن من جنسه قياساً وإلى الأول استحساناً لو من جنسه، وإن كان المقر له رجلين يصرف إلى الثاني مطلقاً، مثل لفلان عليّ ألف درهم ولفلان آخر عليّ مائة دينار إلا درهماً هذا كله قولهما، وعلى قول محمد: إن كانا لرجل يصرف إلى جنسه، وإن لرجلين لا يصح الاستثناء أصلاً. تاترخانية عن المحيط. قوله: (لزمه أيضاً) الثاني ألف لأنه أقر له بشيء تقبله الذمة بأن كان ديناً أو قرضاً وهي تقبل حقوقاً شتى كالدين والقرض ونحوهما. قوله: (وعليه للثاني مثلها) لما تقدم في الوديعة. قوله: (ولو كان المقر له واحداً) وقد زاد في أحد الإقرارين قدراً أو وصفاً.

يلزمه أكثرهما قدراً وأفضلهما وصفاً) نحو له ألف درهم لا بل ألفان أو ألف درهم جياد لا بل زيوف أو عكسه **(ولو قال الدين الذي لي على فلان)** لفلان **(أو الوديعة التي عند فلان)** هي **(لفلان فهو إقرار له وحق القبض للمقر)** لكن **(لو سلم إلى المقر له برىء)** خلاصة. **لكنه خالف لما مر أنه إن أضاف لنفسه كان هبة فيلزم التسليم.**

قوله: **(يلزمه أكثرهما قدراً وأفضلهما وصفاً)** أي سواء كان ما بعد بل هو الأفضل أو ما قبلها، وسواء كان الفضل في الذات أو في الصفة لأنه حيث أقرّ بالقدر الزائد أو الوصف الفاضل لا يصح الرجوع عنه أو أخذه؛ لأنه إن لم يقر به أولاً فقد أقر به ثانياً وهذا إذا كان جنساً واحداً، فلو كان جنسين كألف درهم لا بل دينار لزمه الألفان. قوله: **(أو عكسه)** راجع إلى المسألتين، والقياس أن يلزمه المالان وبه قال زفر، كما إذا اختلف جنس المالين بأن قال لفلان ألف درهم بل ألف دينار، فإنه يلزمه المالان بالإجماع كما قدمنا.

والحاصل: أن هذه المسألة على وجهين. أحدهما: أن يكون المال متحداً. والثاني: أن يكون مختلفاً. فإن كان متحداً فإنه يلزمه أفضل المالين، سواء كان ما بعد بل هو الأفضل أو ما قبلها، وسواء كان الفضل في الذات أو في الصفة كما قدمنا، ولذا قال في المبسوط: إذا أقر لفلان بألف درهم ثم قال بل بخمسمائة فعليه ألف، وكذا لو قال خمسمائة بل ألف، ولو قال عشرة دراهم بيض لا بل سود أو قال سود لا بل بيض أو قال جيد لا بل رديء أو رديء بل جيد فعليه أفضلهما، وإن كان مختلفاً فعليه المالان لأن الغلط لا يقع في الجنس المختلف عادة فرجوعه عن الأول باطل والتزامه الثاني صحيح، فلو قال له عليّ درهم بل دينار لزمه ودينار، ولو قال له عليّ كرّ حنطة لا بل كرّ شعير لزمه الكران اهـ. كما في شرح المنار لابن نجيم. قوله: **(فهو إقرار له)** أي للمقر له. قال في شرح الملتقى: وإن تعددت الديون والودائع، ولا يصدق المقر لو قال عنيت بعضها اهـ. قوله: **(وحق القبض للمقر)** فيأخذ ما ذكر ويدفعه للمقر له. قال في شرح الملتقى: ولو جحد المودع ضمن للمقر له إذا تلف. قوله: **(برىء)** أي إذا أقر المقر أنه أذن له. كذا في شرح الملتقى. قوله: **(لكنه خالف الخ)** هذا الاستدراك وجيه ومؤيد لا يقبل التغيير، وربما كلمة لي في الخلاصة من زيادة الناسخ، ولذا لم توجد في الوديعة بعده، لكن كلام الحاوي يؤيد الزيادة، وزيادة الحاوي وجيهة على ما ظهر لي حيث إن العبرة لآخر الكلام. قوله: **(لما مر الخ)** أي أوائل كتاب الإقرار عند قول المصنف لجميع مالي أو ما أملكه هبة لا إقرار، وقدمنا الجواب عن ذلك والتوفيق بما يشفي الغليل، فراجعه إن شئت. قوله: **(إن أضاف إلى نفسه كان هبة)** أي فيراعي شروطها ولا يكون إقراراً لأنه إخبار، وقضية الإضافة إلى نفسه منافية له فيكون هبة. قوله: **(فيلزم التسليم)** لأن هبة الدين لا تصح من

ولذا قال في الحاوي القدسي: ولو لم يسلطه على القبض، فإن قال واسمي في كتاب الدين عارية صح، وإن لم يقله لم يصح.

قال المصنف: وهو المذكور في عامة المعتبرات خلافاً للخلاصة، فتأمل عند الفتوى.

غير من عليه الدين إلا إذا سلط على قبضه. قوله: (ولذا قال في الحاوي القدسي) عبارته كما في المنح قال: الدين الذي لي على زيد فهو لعمرو ولم يسلطه على القبض لكن قال واسمي في كتاب الدين عارية صح، ولو لم يقل هذا لم يصح اهـ. فهو من غير ذكر لفظ لو، واستفيد من هذا أنه لو سلطه على قبضه أو قال هذه الجملة صح على أنه إقرار وإلا يصح إقراراً بل هبة. قوله: (قال المصنف وهو) أي قوله وإن لم يقله لم يصح هو المذكور في عامة المعتبرات، خلافاً للخلاصة.

حاصله: أنه إن سلطه على قبضه أو لم يسلطه ولكن قال اسمي فيه عارية يصح كما في فتاوى المصنف، وعلى الأول يكون هبة وعلى الثاني إقراراً، وتكون إضافته إلى نفسه إضافة نسبة لا ملك كما ذكره الشارح فيما مر وإنما اشترط. قوله: «واسمي عارية» ليكون قرينة على إرادة إضافة النسبة، وعليه يحمل كلام المتن ويكون إطلاقاً في محل التقييد، فلا إشكال حينئذ في جعله إقراراً ولا يخالف الأصل المار للقرينة الظاهرة.

وفي شرح الوهبانية: امرأة قالت الصداق الذي لي على زوجي ملك فلان بن فلان لا حق لي فيه وصدقها المقر له ثم أبرأت زوجها قيل يبرأ، وقيل لا. والبراءة أظهر لما أشار إليه المرغيناني من عدم صحة الإقرار، فيكون الإبراء ملاقياً لمحله اهـ: أي فإن هذا الإضافة للملك ظاهرة، لأن صداقها لا يكون لغيرها فكان إقرارها له هبة بلا تسليط على القبض. وأعاد الشارح المسألة في متفرقات الهبة واستشكلها، وقد علمت زوال الإشكال بعون الملك المتعال فاغتنمه. قوله: (فتأمل عند الفتوى) العبرة لما في عامة كتب المذهب، وفي شرح العلامة عبد البر، وقالوا: إذا أضاف المال إلى نفسه بأن قال عبدي هذا لفلان يكون هبة على كل حال، وإن لم يضف إلى نفسه بأن قال هذا المال لفلان يكون إقراراً اهـ.
وهذه المسألة ذكرها ابن وهبان حيث قال:

وَمَنْ قَالَ دَيْنِي ذَا لِهَذَا صَحَّ نَقْلُهُ ... إِلَى ذَا وَذَا حَيْثُ التَّصَادُقُ يُذْكَرُ

قال شارحها عبد البر: مسألة البيت من التتمة وغيرها قال المقر له بالدين إذا أقر أن الدين لفلان وصدقه فلان صح، وحق القبض للأول دون الثاني، لكن مع هذا لو أدى إلى الثاني برىء، وجعل الأول كوكيل، والثاني كموكل اهـ. وظاهره أنه يكون لفلان بمجرد التصادق وإن لم يقل اسمي عارية، ولم يسلط المقر له على قبضه، فكان هذا التصادق مفيداً الملك للمقر له، وكان المقر كالوكيل عن المقر له، وإن حمل ما في الحاوي على

باب إقرار المريض

يعني مرض الموت وحده مر في طلاق المريض، وسيجيء في الوصايا

أن المقر له كان ساكتاً، ومسألة البيت فيما إذا وجد منه تصديق حصل التوافق وزال التنافي والاضطراب، والله تعالى أعلم بالصواب، وأستغفر الله العظيم.

باب إقرار المريض

وجه تأخيره ظاهر، لأنه عارض وإفراده في باب على حدة لاختصاصه بأحكام على حدة، ولأن في بعضها اختلافاً.

قال في نور العين: ومن الأمور المعترضة على الأهلية المرض، وهو لا ينافي أهلية وجوب الحكم حقاً لله تعالى أو للعبد، ولا لأهلية العبارة حتى صح نكاح المريض وطلاقه وسائر ما يتعلق بالعبارة، ولكن المرض لما كان سبب الموت والموت عجز خالص كان المرض من أسباب العجز فشرعت العبادات على المريض بقدر القدرة، ولما كان الموت علة خلافة الوارث والغرماء في المال كان للمرض من أسباب تعلق حق الوارث والغريم بماله فيكون المرض من أسباب الحجر على المريض بقدر ما يتعلق به صيانة للحقين، إذا اتصل المرض بالموت مستنداً إلى أول المرض، حتى لا يورث المرض فيما لا يتعلق به حق غريم، ووارث كنكاح بمهر المثل حيث يصح منه لأنه من الحوائج الأصلية وحقهم يتعلق فيما فضل عنها، فيصح في الحال كل تصرف يحتمل الفسخ كهبة وبيع بمحاباة، ثم ينقض إن احتيج إليه، وما لا يحتمل النقض جعل كمعلق بالموت كإعتاق إذا وقع على حق غريم أو وارث، بخلاف إعتاق الراهن حيث ينفذ؛ لأن حق المرتهن في ملك اليد دون الرقبة اهـ. قوله: (يعني مرض الموت) أشار به إلى أن أل للعهد، ولما كانت أل تحتمل الاستغراق وغيره فسرها بيعني وكان المقام لي. قوله: (مر في طلاق المريض) وهو قوله من غالب حاله الهلاك بمرض أو غيره بأن أضناه مرض عجز به عن إقامة مصالحه خارج البيت أو بارز رجلاً أو قدم ليقتل من قصاص أو رجم أو بقي على لوح من السفينة أو افترسه سبع وبقي في فيه، ولا يصح تبرعه إلا من الثلث اهـ. ومنه: لو قدمه ظالم ليقتله، ومنه: لو تلاطمت الأمواج وخيف الغرق فهو كالمريض: أي ومات من ذلك كله كما قيده ثمة وأوضحه سيدي الوالد رحمه الله تعالى، فراجعه. قوله: (وسيجيء في الوصايا) حيث قال المؤلف هناك: قيل مرض الموت أن لا يخرج لحوائج نفسه، وعليه اعتمد في التجريد. بزازية. والمختار أنه ما كان الغالب منه الموت، وإن لم يكن صاحب فراش. قهستاني عن هبة الذخيرة اهـ. واختاره صاحب الهداية في التجنيس.

لكن في المعراج: وسئل صاحب المنظومة عن حد مرض الموت، فقال: كثرت فيه أقوال المشايخ، واعتمادنا في ذلك على قول الفضلي، وهو أن لا يقدر أن يذهب في حوائج

(إقراره بدين لأجنبي نافذ من كل ماله) بأثر عمر ولو بعين فكذلك

نفسه خارج الدار والمرأة لحاجتها داخل الدار لصعود السطح ونحوه اهـ. وهذا الذي جرى عليه في باب طلاق المريض، وصححه الزيلعي.

أقول: والظاهر أنه مقيد بغير الأمراض المزمنة التي طالت ولم يخف منها الموت كالفالج ونحوه، وإن صيرته ذا فراش ومنعته عن الذهاب في حوائجه فلا يخالف ما جرى عليه أصحاب المتون والشروح هنا. تأمل.

قال في الإسماعيلية: من به بعض مرض يشتكي منه وفي كثير من الأوقات يخرج إلى السوق ويقضي مصالحه لا يكون به مريضاً مرض الموت وتعتبر تبرعاته من كل ماله، وإذا باع لوارثه أو وهبه لا يتوقف على إجازة باقي الورثة اهـ. وتمام الكلام على ذلك مفصلاً في المحلين المذكورين. قوله: (إقراره بدين لأجنبي) المراد بالأجنبي من لم يكن وارثاً وإن كان ابن ابنه. قوله: (نافذ من كل ماله) لكن يحلف الغريم كما مر قبيل باب التحكيم، ومثله في قضاء الأشباه. قوله: (بأثر عمر) رضي الله تعالى عنه، وهو ما روي عنه أنه قال: إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته، والأثر في مثله كالخبر لأنه من المقدرات، فلا يترك بالقياس فيحمل على أنه سمعه من النبي صلى الله تعالى عليه وسلم، ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية لأن فيه تفريغ ذمته ورفع الحائل بينه وبين الجنة فيقدم على حق الورثة كسائر حوائجه، لأن شرط تعلق حقهم الفراغ من حقه، ولهذا يقدم كفنه عليهم، والقياس أن لا ينفذ إلا من الثلث، لأن الشرع قصر تصرفه على الثلث وتعلق حق الورثة بالثلثين، فكذا إقراره. كذا في الزيلعي. وفيه: ولأنه لو لم يقبل إقراره لامتنع الناس عن معاملته حذراً من إتواء مالهم فينسد عليهم طريق التجارة أو المداينة اهـ. وفي بعض النسخ بأثر ابن عمر رضي الله تعالى عنهما، وهي الموافقة لما في الإتقاني عن المبسوط.

أقول: وفي البخاري في كتاب الوصايا ما نصه: ويذكر أن شريحاً وعمر بن عبد العزيز وطاوساً وعطاء وابن أذينة أجازوا إقرار المريض بدين اهـ. فلعل مراد الشارح بأثر عمر هو عمر بن عبد العزيز. قوله: (ولو بعين فكذلك) قال العلامة الرملي في حاشيته على المنح: قوله إقراره بدين ليس احترازاً عن العين لأن إقراره له بها صحيح.

قال في مجمع الفتاوى: إذا أقر المريض لأجنبي بجميع ماله صح، ولو أقر لغير الوارث بالدين يصح ولو أحاط بجميع ماله، وبه نأخذ. وفيها: المريض الذي ليس عليه دين إذا أقر بجميع ماله صح إقراره ولا يتوقف على إجازة الورثة، ولو كان تمليكاً لا ينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم الإجازة، وقد ذكر الزيلعي: لو كان عليه دين لا يصح إقراره بدين ولا بعين في يده لآخر في حق غرماء الصحة والمرض بأسباب معلومة اهـ. قوله:

إلا إذا علم تملكه لها في مرضه فيتقيد بالثلث. ذكره المصنف

(إلا إذا علم تملكه) أي بعدم ملكه لها في زمن مرضه. قوله: (فيتقيد بالثلث) أي فيكون إقراره له تمليكاً له والتمليك في المرض وصية، وهو معنى ما أفاده الحموي أن إقراره بالعين للأجنبي صحيح إن كان إقرار حكاية، وإن كان بطريق الابتداء يصح من الثلث كما في فصول العمادي. وقد سئل العلامة المقدسي عن المراد بالحكاية والابتداء.

فأجاب: بأن المراد بالابتداء ما يكون صورته صورة إقرار، وهو في الحقيقة ابتداء تمليك بأن يعلم بوجه من الوجوه أن ذلك الذي أقر به ملك له، وإنما قصد إخراجه في صورة الإقرار حتى لا يكون في ذلك منع ظاهر عن المقر، كما يقع أن الإنسان يريد أن يتصدق على فقير ولكنه يعرض عنه بين الناس، وإذا خلا به تصدق عليه كي لا يحسد عن ذلك من الورثة فيحصل منهم إيذاء في الجملة بوجه ما، وأما الحكاية فهي على حقيقة الإقرار اهـ. وقول المقدسي: بأن يعلم الخ، يفيد إطلاقه أن التقييد من المؤلف. قوله: (في مرضه) الثاني ط.

قال: إذا أقر الرجل في مرضه بدين لغير وارث فإنه يجوز، وإن أحاط ذلك بماله، وإن أقر لوارث فهو باطل إلا أن يصدقه الورثة اهـ. وهكذا في عامة المعتمدة المعتبرة من مختصرات الجامع الكبير وغيرها، لكن في الفصول العمادية: إن إقرار المريض للوارث لا يجوز حكاية ولا ابتداء، وإقراره للأجنبي يجوز حكاية من جميع المال وابتداء من ثلث المال اهـ.

قلت: وهو مخالف لما أطلقه المشايخ فيحتاج إلى التوفيق، وينبغي أن يوفق بينهما بأن يقال: المراد بالابتداء ما يكون صورته صورة إقرار وهو في الحقيقة ابتداء تمليك بأن يعلم بوجه من الوجوه أن ذلك الذي أقر به ملك له وإنما قصد إخراجه في صورة الإقرار حتى لا يكون في ذلك إظهار على المقر له، وكما يقع لبعض أن يتصدق على فقير الخ. وأما الحكاية فهو على حقيقة الإقرار، وبهذا الفرق أجاب العلامة المقدسي، ونقله عن السيد الحموي كما نقله الرملي في حاشية جامع الفصولين.

أقول: ومما يشهد لصحة ما ذكرنا من الفرق ما صرح به صاحب القنية. أقر الصحيح بعبد في يد أبيه لفلان ثم مات الأب والابن مريض، فإنه يعتبر خروج العبد من ثلث المال، لأن إقراره متردد بين أن يموت الابن أولاً فيبطل، أو الأب أولاً فيصح، فصار كالإقرار المبتدأ في المرض.

قال أستاذنا: فهذا كالتنصيص أن المريض إذا أقر بعين في يده للأجنبي فإنما يصح إقراره من جميع المال إذا لم يكن تمليكه بها في حال مرضه معلوماً حتى أمكن جعل إقراره إظهاراً: أي لحق المقر له لا تمليكاً، فأما إذا علم تملكه في حال مرضه فإقراره به لا يصح

. . . .

إلا من ثلث المال. قال رحمه الله تعالى: وأنه حسن من حيث المعنى ا هـ.

قلت: وإنما قيد حسنه بكونه من حيث المعنى لأنه من حيث الرواية مخالف لما أطلقوه في مختصرات الجامع الكبير، فكان إقرار المريض لغير وارثه صحيحاً مطلقاً، وإن أحاط بماله، والله سبحانه أعلم. معين المفتي. ونقله شيخ مشايخنا منلا علي ثم قال بعد كلام طويل: فالذي تحرر من المتون والشروح أن إقرار المريض لأجنبي صحيح، وإن أحاط بجميع ماله وشمل العين والدين، والمتون لا تمشي غالباً إلا على ظاهر الرواية. وفي البحر من باب قضاء الفوائت: متى اختلف الترجيح رجح إطلاق ما في المتون ا هـ. وقد علمت أن التفصيل مخالف لما أطلقوه، وإن حسنه من حيث المعنى لا الرواية ا هـ. فقد علمت أن ما نقله الشارح عن المصنف لم يرتضه المصنف.

أقول: حاصل هذا الكلام: أن إقرار المريض لأجنبي صحيح، وإن أحاط بكل ماله، لكنه مشروط بما إذا لم يعلم أنه ابتداء تمليك في المرض كما إذا علم أن ما أقر به إنما دخل في ملكه في مرضه، كما إذا أقر في مرض موته بشيء لأجنبي لم يعلم تملكه له في مرضه، ولم يكن عليه دين الصحة، فإن إقراره بأنه ملك فلان الأجنبي دليل على أنه ابتداء تمليك، كما يقع كثيراً في زماننا من أن المريض يقر بالشيء لغيره إضراراً لوارثه، فإذا علم ذلك تقيد بثلث ماله، وهو معنى قول الفصول العمادية: وابتداء من ثلث ماله، لكن أنت خبير بأن المعتمد أن الإقرار إخبار لا تمليك، وأن المقر له بشيء إذا لم يدفعه له المقر برضاه لا يحل له أخذه ديانة إلا إذا كان قد ملك ذلك بنحو بيع أو هبة وإن كان يحكم له بأنه ملكه بناء على ظاهر الأمر، وإن المقر صادق في إقراره، فعلى هذا إذا علمنا أن هذا المقر كاذب في إقراره وأنه قصد به ابتداء تمليك فبالنظر إلى الديانة لا يملك المقر له شيئاً منه، وبالنظر إلى القضاء في ظاهر الشرع يحكم له بالكل، فلا وجه لتخصيص نفاذه من الثلث، لأنا حيث صدقناه في إقراره في ظاهر الشرع لزم نفاذه من كل ماله، وإن أحاط به، ولذا أطلق أصحاب المتون والشروح نفاذ الإقرار للأجنبي من كل المال، فليس فيما ذكره في القنية شيء من الحسن، لا من حيث المعنى ولا من حيث الرواية، ولا يكون فيه تأييد لما ذكره من الفرق إلا أن يحمل الإقرار المزبور على الهبة، وهي في المرض وصية لكنه يشترط فيها التسليم، والأصل أنه متى أضاف المقر به إلى ملكه كان هبة، فعلى هذا فيمكن حمل ما ذكر على الوصية حيث كان المقر في ذكر الوصية، فلا يشترط التسليم، وإلا حمل على الهبة واشترط التسليم كما علمت، وهذا كله أيضاً حيث أضافه ما أقر به إلى نفسه كقوله داري أو عبدي لفلان، بخلاف قوله هذه الدار أو العبد لفلان ولم يكن معلوماً للناس بأنه ملك المقر، فإنه حينئذ لا يمكن حمله على التمليك بطريق الهبة أو

في معينه آخر، فليحفظ (والإرث عنه ودين الصحة) مطلقاً (وما لزمه في مرضه بسبب معروف) ببينة

الوصية، لأنه يكون بمجرد إقرار وهو إخبار لا تمليك كما في المتون والشروح. وما نقل عن القنية محمول على إنه إنشاء تمليك ابتداء، ولذا قيد نفاذه بكونه من الثلث، إلا أن يقال: إن إقرار هنا للابن كان إخباراً في حال صحته لكنه لما دخل العبد في ملكه وهو مريض ولزمه تسليمه إلى المقر له في تلك الحالة اعتبر تبرعاً في المرض فتقيد بالثلث. وما نقل عن العمادية فالمراد به الإقرار بالإبراء عن العين: يعني أنه إذا أقر المريض أنه أبرأ وارثه عن دين له عليه لا يصح حكاية بأن يسند الإبراء إلى حال الصحة، ولا ابتداء بأن يقصد إبراءه الآن. وأما الأجنبي إذا حكى أنه أبرأه في الصحة يجوز من كل المال، وإن ابتدأ إبراءه الآن لا على سبيل الحكاية فمن الثلث لأنه تبرع. وما نقل عن جامع الفصولين من أنه لم يجز فصرح في الجوهرة بأنه: أي من كل المال، وإنما يجوز من الثلث، وعليه فلا فرق في إقراره بإبراء الأجنبي بين كونه حكاية أو ابتداء، حيث ينفذ من الثلث. بخلاف الإقرار بقبض الدين منه فإنه من الكل كما مر اهـ ملخصاً من التنقيح لسيدي الوالد رحمه الله تعالى.

أقول: لكن في قوله في صدر العبارة وإن أقر لوارث فهو باطل فيه نظر، لأن الباطل لا تلحقه الإجازة، فيتعين أن يقال إنه موقوف لا باطل. تأمل.

وفي المجلة من المادة (١٦٠١): الإقرار لأجنبي صحيح من جميع المال في مرض الموت إذا لم يكن عليه دين الصحة، وإن يعلم أن المقر ملكه بسبب هبة أو إرث أو شراء من مدة قريبة، وأما إذا علم أن المريض كان ملكه بسبب مما ذكر وكان قريب عهد في تملكه، فيكون من الثلث، سواء حمل على الوصية إن كان في مذاكرة الوصية، وإلا فعلى الهبة إذا كان معلوماً ذلك عند كثير من الناس. قوله: (في معينه) وهو معين المفتي للمصنف. قوله: (وأخر الإرث عنه) لأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية، لأن فيه تفريغ ذمته ورفع الحائل بينه وبين الجنة كما قدمنا فيقدم على حق الورثة. قوله: (ودين الصحة مطلقاً) سواء علم بسبب معروف أو بإقراره، سواء كان لوارث أم لا بعين أو بدين ط. قوله: (ودين) مبتدأ خبره جملة قدم، ويصح جره، والأولى قول الشارح في الفرائض: ويقدم دين الصحة على دين المرض إن جهل سببه وإلا فسيان. قوله: (وما لزمه في مرضه بسبب معروف) وإنما ساوى ما قبله لأنه لما علم سببه انتفت التهمة عن الإقرار. منح.

قال في المبسوط: إذا استقرض مالاً في مرضه وعاين الشهود دفع المقرض المال إلى المستقرض أو اشترى شيئاً بألف درهم وعاين الشهود قبض المبيع أو تزوج امرأة بمهر مثلها أو استأجر شيئاً بمعاينة الشهود، فإن هذه الديون تكون مساوية لديون الصحة، وذلك لأنها وجبت بأسباب معلومة لا مرد لها، ولأنه بالقرض والشراء لم يفوت على

أو بمعاينة قاضٍ **(قدم على ما أقر به في مرض موته)** ولو المقر به **(وديعة)** وعند الشافعي الكل سواء **(والسبب المعروف)** ما ليس بتبرع **(كنكاح مشاهد)** إن بمهر المثل، أما الزيادة فباطلة وإن جاز النكاح. عناية **(وبيع مشاهد وإتلاف كذلك)** أي مشاهد

غرماء الصحة شيئاً لأنه يزيد في التركة مقدار الدين الذي تعلق به، ومتى لم يتعرض لحقوقهم بالإبطال نفذ مطلقاً اهـ. حلبي. وفي التعليل الثاني نظر لاحتمال استهلاكه ما اقترضه أو ثمن المشترى. ط. قوله: **(أو بمعاينة قاض)** هذا بناء على أن القاضي يقضي بعلمه وهو مرجوح كما مر مراراً. قوله: **(قدم على ما أقر به في مرض موته)** حتى لو أقر من عليه دين في صحته في مرضه لأجنبي بدين، أو عين مضمونة أو أمانة بأن قال مضاربة أو وديعة أو غصب يقدم دين الصحة، ولا يصح إقراره في حق غرماء الصحة، فإن فضل شيء من التركة يصرف إلى غرماء المرض. إتقاني. وإنما قدم عليه، لأن المريض محجور عن الإقرار بالدين ما لم يفرغ عن دين الصحة، فالدين الثابت بإقرار المحجور لا يزاحم الدين الثابت بلا حجر، كعبد مأذون أقر بدين بعد حجره، فالثاني لا يزاحم الأول. عيني. وفيه: ولنا أن حق غرماء الصحة تعلق بمال المريض مرض الموت في أول مرضه لأنه عجز عن قضائه من مال آخر، فالإقرار به صادف حق غرماء الصحة فكان محجوراً عليه ومدفوعاً به. قوله: **(ولو المقر به وديعة)** أي لم يتحقق ملكه بها في مرضه، وإلا كانت وصية. قوله: **(وعند الشافعي الكل سواء)** لأنه إقرار لا تهمة فيه لأنه صادر عن عقل والذمة قابلة للحقوق في الحالين، ولنا أن المريض محجور عن الإقرار بالدين ما لم يفرغ عن دين الصحة، فالدين الثابت بإقرار المحجور لا يزاحم الدين الثابت بلا حجر، كعبد مأذون أقر بالدين بعد الحجر، فالثاني لا يزاحم الأول. درر.

والحاصل: أن الدين الثابت قبل الحجر لا يزاحمه الدين بعده، ولكن ما لو علم منه بسبب بلا إقرار يلحق بالثابت قبل الحجر فيزاحم عنهما الثابت بمجرد الإقرار، ثم الدين الثابت بالسبب نوعان: نوع لم يقض صاحبه من المريض ذلك لا يشاركه فيه صاحب دين الصحة كالقرض والمبيع فيه. ونوع: يشاركه فيه كمهر قبضته المرأة وأجرة قبضها الآجر كما في غاية البيان، وأجرة مسكنه ومأكله وملبسه، ومنه أدويته وأجرة طبيبه من النوع الأول لو قضت لا يشاركها الغرماء، والمهر من النوع الثاني، ولم يعد من التبرعات لأن النكاح من الحوائج الأصلية كما مر زيلعي. قوله: **(كنكاح مشاهد)** أي للشهود، وإنما جعل النكاح من جملة ما يجب تقديمه لأنه من الحوائج الأصلية كما مر، وإن كانت رابعة لشيخ فان، لأن النكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة، والأصل الوضع لا الحال لأن الحال مما لا يتوقف عليها كما في البحر. قوله: **(أما الزيادة فباطلة)** أي ما لم تجزها الورثة لأنها وصية لزوجة الوارثة، فافهم. قوله: **(وبيع مشاهد)** إنما يكون مشاهداً

و (ما إذا لم يؤد حتى مات، فإن البائع أسوة للغرماء) في الثمن (إذا لم تكن العين) المبيعة (في يده) أي يد البائع، فإن كانت كان أولى (وإذا أقر) المريض (بدين ثم) أقر (بدين تحاصا وصل أو فصل) للاستواء، ولو أقر بدين ثم وديعة تحاصا، وبعكسه الوديعة أولى (وإبراؤه مديونه وهو مديون غير جائز) أي لا يجوز (إن كان أجنبياً

استيفاء المنفعة دين في ذمة المستأجر فساوت بقية الديون، أما قضاء ما استقرض في مرضه لا يسترد دفعاً للحرج؛ لأن المقرض إذ علم عدم وفائه في المرض يمتنع عن إقراضه، وكذا البائع فيلحق المريض الحرج، وما جعل عليكم في الدين من حرج. قوله: (وما إذا لم يؤد) أي وبخلاف ما إذا لم يؤد بدل ما استقرض أو ثمن ما اشترى في المرض. قوله: (فإن البائع) أي والمقرض. قوله: (أسوة) بضم الهمزة وكسرها وبهما قرىء في السبع. قوله: (في الثمن) الأولى أن يقول في التركة. قوله: (كان أولى) فتباع ويقضى من ثمنها ماله، فإن زاد رده في التركة، وإن نقص حاصص بنقصه كما لا يخفى. قوله: (أقر المريض الخ) ولو للمريض على الوارث دين فأقر بقبضه لم يجز، سواء وجب الدين بصحته أو لا على المريض دين أو لا. فصولين. قوله: (ثم أقر بدين) وقد تساوى الدينان صحة أو مرضاً. قوله: (للاستواء) في الثبوت في ذمة المقر. قوله: (ولو أقر بدين ثم بوديعة تحاصا) لأنه لما بدأ بالإقرار بالدين تعلق حق الغريم بالألف التي في يده، فإذا أقر أنها وديعة يريد أن يسقط حق الغريم عنها فلا يصدق إلا أنه قد أقر بوديعة تعذر تسليمها بفعله، فصارت كالمستهلكة فتكون ديناً عليه، ويساوي الغريم الآخر في الدين ولو أقر بوديعة ثم بدين، فصاحب الوديعة أولى بها؛ لأنه لما بدأ بالوديعة ملكها المقر له بعينها، فإذا أقر بدين لم يجز أن يتعلق بمال الغير. ط عن الحموي. قوله: (وبعكسه الوديعة أولى) يعني أن الألف المعين يصرف للوديعة من غير محاصصة فيه، لأنه حين أقر بها علم أنها ليست من تركته، ثم إقراره بالدين لا يكون شاغلاً لما لم يكن من جملة تركته. بزازية.

والحاصل: أن في الصورة الأولى يتحاصان، وفي الصورة الثانية يصرف للوديعة من غير تحاصص ويلزمه ما أقر به، وإقراره بمال في يده إنه بضاعة أو مضاربة حكمه مساو للوديعة كما في البدائع. قوله: (وإبراؤه مديونه وهو مديون) أي بمستغرق قيد به احترازاً عن غير المديون، فإن لم يكن مديوناً وأبرأ الأجنبي فهو نافذ من الثلث كما في الجوهرة.

قال أبو السعود في حاشية الأشباه ما نصه: ليس على إطلاقه، بل يقيد أن لا يبقى له من المال الفارغ عن الدين ما يمكن خروج القدر المبرأ من ثلثه، ولا بد من قيد آخر وهو أن يكون له وارث ولم يجز. قوله: (للتهمة) علله أبو السعود في حاشية الأشباه بقوله: لأن إبراء الوارث في مرض موته وصية، وهي للوارث لا تجوز ما لم يجز الوارث الآخر، لكن الشارح تبع المنح، والأظهر ما نقلناه عن أبي السعود. قوله: (إن كان أجنبياً) إلا أن يكون

وإن) كان (وارثاً فلا) يجوز (مطلقاً) سواء كان المريض مديوناً أو لا للتهمة، وحيلة صحته أن يقول لا حق لي عليه كما أفاده بقوله (وقوله لم يكن لي على هذا المطلوب شيء) يشمل الوارث وغيره (صحيح قضاء لا ديانة) فترتفع به مطالبة لا مطالبة

الوارث كفيلاً عنه فلا يجوز، إذ يبرأ الكفيل ببراءة الأصيل. جامع الفصولين. ولو أقرّ باستيفائه دينه منه صدق كما بسطه في الولوالجية. قوله: (وإن كان وارثاً فلا يجوز) أي سواء كان من دين له عليه أصالة أو كفالة، وكذا إقراره بقبضه واحتياله به على غيره. فصولين. قوله: (وحيلة صحته الخ) قال في الأشباه: وهي الحيلة في إبراء المريض وارثه مرض موته، بخلاف قوله أبرأتك فإنه يتوقف كما في حيل الحاوي القدسي، وعلى هذا لو أقر المريض بذلك لأجنبي لم تسمع الدعوى عليه بشيء من الوارث، فكذا إذا أقر بشيء لبعض ورثته كما في البزازية. قوله: (يشمل الوارث وغيره) صرح به في جامع الفصولين حيث قال: مريض له على وارثه دين فأبرأه لم يجز، ولو قال لم يكن لي عليك شيء ثم مات جاز إقراره قضاء لا ديانة اهـ. وينبغي لو ادعى الوارث الآخر أن المقر كاذب في إقراره أن يحلف المقر له بأنه لم يكن كاذباً بناء على قول أبي يوسف المفتى به كما مر قبيل باب الاستثناء.

وفي البزازية: ادعى عليه ديوناً ومالاً ووديعة فصالح الطالب على يسير سراً وأقر الطالب في العلانية أنه لم يكن له على المدعى عليه شيء وكان ذلك في مرض المدعي ثم مات فبرهن الوارث أنه كان لمورثي عليه أموال كثيرة وإنما قصد حرماننا لا تسمع، وإن كان المدعى عليه وارث المدعي وجرى ما ذكرنا فبرهن بقية الورثة على أن أبانا قصد حرماننا بهذا الإقرار تسمع اهـ. وينبغي أن يكون في مسألتنا كذلك، لكن فرق في الأشباه بكونه متهماً في هذا الإقرار لتقدم الدعوى عليه والصلح معه على يسير، والكلام عند عدم قرينة على التهمة اهـ.

قلت: وكثيراً ما يقصد المقرّ حرمان بقية الورثة في زماننا، وتدل عليه قرائن الأحوال القريبة من الصريح، فعلى هذا تسمع دعواهم بأنه كان كاذباً وتقبل بينتهم على قيام الحق على المقر له، وكذا الحكم يجري لو ادعى وارث المقر فيحلف، والنفي عبر عنه في البحر هنا بالإقرار، وتارة عبر عنه بالإبراء في أول الإقرار، وفي الصلح، وكذا البزازي، وحينئذ فما في المتن إما إقرار أو إبراء، وكلاهما لا يصح للوارث كما في المتون والشروح، فما في المتن هنا غريب لا يعول عليه، لئلا يصير حيلة لإسقاط الإرث الجبري مع ضعفه، ويوضحه ما لو قالوا قصد حرماننا بذلك تسمع دعواهم كما سمعت ويأتي، والله تعالى أعلم. قوله: (صحيح قضاء لا ديانة) لأنه في الديانة لا يجوز إذا كان بخلاف الواقع، ونفس الأمر بأن كان له في الواقع عليه شيء لاستلزامه إيثار بعض الورثة، وحرمان البعض، إذ لو كان طابق الواقع إقراره بأن لم يكن عليه شيء لصح قضاء وديانة

الآخرة. حاوي. إلا المهر فلا يصح على الصحيح. برازية: أي لظهور أنه عليه غالباً، بخلاف إقرار البنت في مرضها بأن الشيء الفلاني ملك أبي أو أمي لا حق لي فيه أو أنه كان عندي عارية فإنه يصح ولا تسمع دعوى زوجها فيه

كما لا يخفى. قوله: (إلا المهر) أي إذا قالت في مرض موتها لا مهر لي عليه أو لم يكن لي عليه مهر. قوله: (على الصحيح) مقابله ما في المنح عن البزازية معزياً إلى حيل الخصاف قالت فيه: ليس على زوجي مهر أو قال فيه لم يكن لي على فلان شيء يبرأ عندنا خلافاً للشافعي اهـ. قوله: (لظهور أنه عليه غالباً) أمل: لو لم تعرف تأجيله غالباً. تأمل قوله (بخلاف) راجع إلى. قوله: (فلا يصح). قوله: (فإنه يصح ولا تسمع دعوى زوجها فيه) اعلم أن صاحب الأشباه استنبط هذه المسألة من مسألة الإقرار المصدر بالنفي، وقال: إن هذا الإقرار منها: أي البنت بمنزلة قولها لا حق لي فيه، فيصح وليس من قبيل الإقرار بالعين للوارث لأنه فيما إذا قال هذا لفلان، فتأمل ويراجع المنقول اهـ.

وأقره على ذلك المصنف في منحه حيث قال: وفي التاترخانية من باب إقرار المريض معزياً إلى العيون: ادعى على رجل مالاً وأثبته وأبرأه لا تجوز براءته إن كان عليه دين، وكذا لو أبرأ الوارث لا تجوز سواء كان عليه دين أو لا، ولو أنه قال لم يكن لي على هذا المطلوب شيء ثم مات جاز إقراره في القضاء اهـ.

وفي البزازية معزياً إلى حيل الخصاف: قالت فيه: ليس لي على زوجي مهر وقال فيه لم يكن لي على فلان شيء يبرأ عندنا خلافاً للشافعي اهـ. وفيها قبله: وإبراء الوارث لا يجوز فيه. قال فيه: لم يكن لي عليه شيء ليس لورثته أن يدعوا عليه شيئاً في القضاء، وفي الديانة لا يجوز هذا الإقرار. وفي الجامع: أقر الابن فيه أنه ليس له على والده شيء من تركة أمه صح، بخلاف ما لو أبرأه أو وهبه، وكذا لو أقر بقبض ماله منه اهـ.

وبهذا علم صحة ما أفتى به مولانا صاحب البحر: فيما لو أقرت البنت في مرض موتها بأن الأمتعة الفلانية ملك أبيها لا حق لها فيها أنه يصح، ولا تسمع دعوى زوجها فيها مستنداً إلى ما ذكرناه، وقد خالفه في ذلك شيخنا أمين الدين بن عبد العال المصري، وأفتى بعدم الصحة مستنداً إلى عامة ما في المصنفات من أن الإقرار للوارث لا يصح، وكثير من النقول الصحيحة يشهد بصحة هذا. أي إفتاء صاحب البحر، وليس هذا من قبيل الإقرار للوارث كما لا يخفى.

قال مولانا صاحب البحر: ولا ينافيه ما في البزازية معزياً للذخيرة قولها فيه لا مهر لي عليه أو لا شيء لي عليه أو لم يكن لي عليه مهر قيل يصح، وقيل لا يصح، والصحيح أنه لا يصح اهـ. لأن هذا في خصوص المهر لظهور أنه عليه غالباً، وكلامنا في غير المهر، ولا ينافيه أيضاً ما ذكره في البزازية أيضاً بعده: ادعى عليه مالاً وديوناً ووديعة فصالح مع

الطالب على شيء يسير سراً وأقر الطالب في العلانية أنه لم يكن له على المدعى عليه شيء وكان ذلك في مرض المدعي ثم مات فليس لورثته أن يدعوا على المدعى عليه بشيء، وإن برهنوا على أنه كان لمورثنا عليه أموال لكنه قصد بهذا الإقرار حرماننا لا تسمع، وإن كان المدعى عليه وارث المدعي وجرى ما ذكرنا فبرهن بقية الورثة على أن أبانا قصد حرماننا بهذا الإقرار وكان عليه أموال تسمع اهـ. لكونه متهماً في الدعوى عليه والصلح معه على يسير، والكلام عند عدم قرينة على التهمة والله تعالى أعلم اهـ ما ذكره في المنح. وأقره على ذلك الشارح كما ترى، قال محشيه الفاضل الخير الرملي قوله: وبهذا علم صحة ما أفتى به مولانا صاحب البحر الخ.

أقول: لا شاهد على ذلك بما تقدم، وحيث كانت الأمتعة في يد البنت المقرة لا يصح إقرارها بها لأبيها، يدل عليه ما صرح به الزيلعي وغيره من أنه لو أقر بعين في يده لآخر لا يصح في حق غرماء الصحة، وإذا لم يصح في حق غرماء الصحة لا يصح في حق بقية الورثة لاشتراكهما في الحكم لشمول العلة وهي التهمة لهما، وما قدمه من قوله بخلاف إقراره بأن هذا العبد لفلان، فإنه كالدين فإذا كان كالدين فكيف يصح الإقرار به للوارث. أما عدم شهادة ما تقدم له فبيانه أن قوله ليس لي على فلان أو لم يكن لي عليه دين مطابق لما هو الأصل من خلو ذمته عن دينه فلم يكن من باب الإقرار له، فصار كاعترافه بعين في يد زيد بأنها لزيد فانتفت التهمة، ومثله ليس له على والده شيء من تركة أمه، وليس لي على زوجي مهر على القول المرجوح، وقد علمت أن الأصح أنه لا يصح، بخلاف الأمتعة التي بيد المقرة، فإنه إقرار بها للوارث بلا شك؛ لأن أقصى ما يستدل به على الملك اليد، فقد أقرت بما هو ملكها ظاهراً لوارثها فأنى يصح وأنى تنتفي التهمة؟ وقوله وكثير من النقول الصحيحة تشهد بصحة هذا، وليس هذا من باب الإقرار لوارث غير صحيح، لأنا لم نجد في النقول الصحيحة ولا الضعيفة ما يشهد بصحته، ووجدنا النقول مصرحة بأن الإقرار بالعين التي في يد المقر كالإقرار بالدين، ولم يبعد عهدك بنقلها وقول صاحب البحر ولا ينافيه الخ.

أقول: بل يفهم منه عدم الصحة بالأولى، وذلك لأنه إذا لم يصح فيما منه الأصل براءة الذمة، فكيف يصح فيما فيه الملك مشاهداً؟ ظاهراً باليد نعم، لو كانت في الأمتعة يد الأب هي المشاهدة لا يد البنت، فلا كلام في الصحة، فالحق ما أفتى به ابن عبد العال، ويدل أيضاً لصحة ما قلنا ما في شرح القدوري المسمى بمجمع الرواية من قوله قال في حاشية الهداية. قوله وإقرار المريض لوارثه لا يصح إلا أن يصدقه بقية الورثة، هذه إشارة إلى أن إقرار المريض لوارثه إذا كان هنا وارث آخر غير المقر له إنما لا يصح لا لعدم المحلية بل

لحق بقية الورثة، فإذا لم يكن له وارث غير المقر له صح إقراره، دل عليه ما ذكر في الديات إذا ماتت المرأة وتركت زوجاً وعبدين لا مال لها غيرهما فأقرت أن هذا العبد بعينه وديعة لزوجها عندها، ثم ماتت فذلك جائز ويكون العبد للزوج بالإقرار بالوديعة والعبد الآخر ميراث نصفه للزوج ونصفه لبيت المال اهـ. فهذا صريح في أنه إذا كان هناك وارث غير الزوج وغير بيت المال لا يصح إقرارها بالعبد للزوج، وأي فرق بين قول البنت هذه الأمتعة التي بيدي أو في بيتي ملك أبي لا حق لي فيها، وبين قول الزوجة هذا العبد ملك زوجي، فإن كان زيادة لا حق لي فيها فهذا نفي حقها الشاهد باليد ظاهراً بعد إثباته للأب. وبه لا يخرج عن كونه إقراراً للوارث بعين في يده، فتأمل ا هـ ما ذكره الشيخ خير الدين الرملي رحمه الله تعالى، فالعجب من الشارح مع قول شيخه الخير الرملي في حاشيته على الأشباه أيضاً: أن كل ما أتى به من الشواهد لا يشهد له مع تصريحهم بأن إقرار المريض بعين في يده لوارثه لا يصح، ولا شك أن الأمتعة التي بيد البنت، وملكها فيها ظاهر باليد إذا قالت هي ملك أبي لا حق لي فيها إقرار بالعين للوارث، بخلاف قوله لم يكن لي عليه شيء أو لا حق لي عليه أو ليس لي عليه شيء ونحوه من صور النفي لتمسك النافي فيه بالأصل، فكيف يستدل به على مدعاه، ويجعله صريحاً فيه، ثم قال: وقد خالفه في ذلك علماء عصره بمصر، وأفتوا بعدم الصحة، ومنهم والد شيخنا الشيخ أمين الدين بن عبد العال. وبعد هذا البحث والتحرير رأيت شيخ شيخنا شيخ الإسلام الشيخ علي المقدسي رد على المؤلف: أي صاحب الأشباه كلامه، وكذلك الشيخ محمد الغزي على هامش نسخة الأشباه والنظائر، فقد ظهر الحق واتضح ولله الحمد والمنة اهـ كلام الخير الرملي أيضاً. وتبعه السيد الحموي في حاشية الأشباه، وكذلك رد عليه العلامة جوي زاده كما رأيته منقولاً عنه في هامش نسختي الأشباه، ورد عليه أيضاً العلامة البيري وقال بعد كلام: وعليه فلا يصح الاستدلال لمفت ولا لقاض بما أفتى به من صحة الإقرار للوارث بالعروض في مرض الموت الواقع في زماننا، لأن الخاص والعام يعلمون أن المقر مالك لجميع ما حوته داره لا حق فيه للمقر له بوجه من الوجوه، وإنما قصد حرمان باقي الورثة: أي تهمة بعد هذه التهمة يا عباد الله اهـ. وكذا رد عليه الشيخ إسماعيل الحائك مفتي دمشق الشام سابقاً حيث سئل: فيمن أقر في مرضه أن لا حق له في الأمتعة المعلومة مع بنته وملكه فيها ظاهر؟

فأجاب بأن الإقرار باطل على ما اعتمده المحققون، ولو مصدراً بالنفي خلافاً للأشباه وقد أنكروا عليه اهـ. وكذا رد عليه شيخنا السائحاني وغيره.

والحاصل كما رأيته منقولاً عن العلامة جوي زاده: أن الأمتعة إن كانت في يد البنت فهو إقرار بالعين للوارث بلا شك، وإن لم تكن في يدها فهو صحيح، وبه يشعر

كلام الخير الرملي المتقدم، وصرح به أيضاً في حاشيته على المنح، وأطال في الرد على الأشباه كما علمت.

مَطْلَبٌ: الإِقْرَارُ لِلْوَارِثِ مَوْقُوفٌ إِلَّا فِي ثَلَاثٍ

فإن قلت: قد ذكر الشارح فيما يأتي عن الأشباه أن إقراره للوارث موقوف إلا في ثلاث: منها: إقراره كلها الخ، وقول المتبب هذا الشيء لأبي إقرار بالأمانة بالأمانات فيصح وإن كان في يدها.

قلت: المراد يصح إقرارها بقبض الأمانة التي له عند وارثه، لأن صاحب الأشباه ذكر عن تلخيص الجامع أن الإقرار للوارث موقوف إلا في ثلاث: لو أقر بإتلاف وديعته المعروفة، أو أقر بقبض ما كان عنده وديعة، أو بقبض ما قبضه الوارث بالوكالة من مديونه. ثم قال في الأشباه: وينبغي أن يلحق بالثانية إقراره بالأمانات كلها ولو مال الشركة أو العارية، والمعنى في الكل أنه ليس فيه إيثاراً لبعض اهـ: يعني أن الوديعة في قوله أو أقر بقبض ما كان عنده وديعة غير قيد، بل ينبغي أن يلحق بها الأمانات كلها فيكون إقراره بقبضها كإقراره بقبض الوديعة، ويؤيد هذا البحث ما قدمناه عن نور العين من قوله: مريض عليه دين محيط بقبض وديعة أو عارية أو مضاربة كانت له عند وارثه صح إقراره، لأن الوارث لو ادعى رد الأمانة إلى مورثه المريض وكذبه المورث يقبل قول الوارث اهـ.

فقد تبين لك أنه ليس المراد إقراره بأمانة عنده لوارثه، بل المراد ما قلنا فتنبه لذلك، فإني رأيت من يغلط في ذلك مع أن النقول صريحة بأن إقراره لوارثه بعين غير صحيح كما مر، ثم إن ما ذكره في الأشباه من استثناء المسألة الثالثة الظاهر أنه يستغني عنه بالثانية، لأن المريض إذا كان له دين على أجنبي فوكل المريض وارثه بقبض الدين المذكور فقبضه صار ذلك الدين أمانة في يد الوارث، فإذا أقر بقبضه منه فقد أقر له بقبض ما كان له أمانة عنده، لأن المال في يد الوكيل أمانة. تأمل.

وقد ذكر في جامع الفصولين صورة المسألة الأولى من المسائل الثلاث فقال: صورتها أودع أباه ألف درهم في مرض الأب أو صحته عند الشهود، فلما حضره الموت أقر بإهلاكه صدق، إذ لو سكت ومات ولا يدري ما صنع كانت في ماله، فإذا أقر بإتلافه فأولى اهـ. وقوله عند الشهود قيد به لتكون الوديعة معروفة بغير إقراره، ولهذا قيد في الأشباه بقوله المعروفة، فيدل على أنه لو أقر بإهلاك وديعة لوارثه ولا بينة على الإيداع لا يقبل قوله، وبه تعلم ما في عبارة المصنف والشارح من الخلل حيث قال. بخلاف إقراره له: أي لوارثه بوديعة مستهلكة فإنه جائز.

كما بسطه في الأشباه قائلاً: فاغتنم هذا التحرير فإنه من مفردات كتابي.

(وإن أقر المريض لوارثه) بمفرده أو مع أجنبي بعين أو دين (بطل) خلافاً للشافعي رضي الله تعالى عنه.

وصورته أن يقول: كانت عندي وديعة لهذا الوارث فاستهلكتها. جوهرة اهـ. فإنه كان عليه أن يقول: بخلاف إقراره له باستهلاك وديعة معروفة فإنه جائز فاغتنم ذلك.

قوله: (كما بسطه في الأشباه الخ) أقول: وقد خالفه علماء عصره، وأفتوا بعدم الصحة كما علمت.

وقد كتب العلامة الحموي في حاشية الأشباه في الرد على عباراتها فقال: كل ما أتى به المصنف: أي صاحب الأشباه لا يشهد له مع تصريحهم بأن إقراره بعين في مرضه لوارثه لا يصح، ولا شك أن الأمتعة التي بيد البنت ملكها فيها ظاهر باليد، فإذا قالت هي ملك أبي لا حق لي فيها، فيكون إقراراً بالعين للوارث، بخلاف قوله لم يكن لي عليه شيء أو لا حق لي عليه أو ليس لي عليه شيء ونحوه من صورة النفي تمسك النافي فيه بالأصل، فكيف يستدل به على مدعاه ويجعله صريحاً فيه.

وذكر الشيخ صالح في حاشيته على الأشباه متعقباً لصاحبها في هذه المسألة ما نصه: أقول: ما ذكره المصنف هنا لا يخرج عن كونه إقراراً للوارث بالعين، وهو غير صحيح، وبه أفتى شيخ الإسلام أمين الدين، وليس هذا داخلاً تحت صور النفي التي ذكرها مستدلاً بها. وقال أخو المؤلف الشيخ عمر بن نجيم: لا يخفى ما في إقرارها من التهمة خصوصاً إذا كان بينها وبين زوجها خصومة تتزوجه عليها. وقال البيري: الصواب أن ذلك إقرار للوارث بالعين بصيغة النفي، ولا نزاع في عدم صحة ذلك للوارث في مرض الموت، وما استند له المصنف مفروض في إقرار بصيغة النفي في دين لا في عين، والدين وصف قائم بالذمة وإنما يصير مالاً باعتبار قبضه اهـ. وقول المصنف: وليس هذا من قبيل الإقرار للوارث فيه نظر. قوله: (أو مع أجنبي) فإن في نور العين: أقر لوارثه وللأجنبي بدين مشترك يبطل إقراره عندهما تصادقا في الشركة أو تكاذبا، وقال محمد: للأجنبي بحصته لو أنكر الأجنبي الشركة، وبالعكس لم يذكره محمد، ويجوز أن يقال: إنه على الخلاف، والصحيح أنه لم يجز على قول محمد كما هو قولهما اهـ. لهما أن الإقرار إخبار، ولا يصح أن ينفذ على خلاف الوجه الذي أقر به، فإذا أقر مشتركاً لا يمكن أن ينفذ غير مشترك. وفي أحكام الناطفي: لو أقر لاثنين بألف فرد أحدهما وقبل الآخر فله النصف. قوله: (بعين) قيد على الدين المذكور في الحديث، ومثال العين أن يقر المريض بأن هذه العين وديعة وأرثي أو عاريته أو غصبتها أو رهنتها منه. قوله: (بطل) أي على تقدير عدم الإجازة، وإلا فهو موقوف اهـ. منح. لكنه لو طلب سلم إليه، ثم إن مات لا يرد

ولنا حديث «لا وصية لوارث ولا إقرار له بدين» (إلا أن يصدقه) بقية (الورثة) فلو لم يكن وارث آخر أو أوصى لزوجته أو هي له صحت الوصية،

لاحتمال صحة الإقرار بالتحاق صحة المريض اهـ. حموي عن الرمز. قوله: (ولنا حديث «لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ وَلَا إِقْرَارَ لَهُ بِدَيْنٍ»[٦]) رواه الدارقطني، لكن في المبسوط أن الزيادة شاذة ولذلك تركها في الدرر، والمشهور: لا وصية لوارث، ولدلالة نفي الوصية على نفي الإقرار له بالطريق الأولى، لأن بالوصية إنما يذهب ثلث المال، وبالإقرار يذهب كله، فإبطالها إبطال للإقرار بالطريق الأولى كما في المنح. فظهر أن ما يقال المدعي عدم جواز الإقرار والدليل على عدم جواز الوصية.

فالصواب ما أتى به صاحب الهداية ساقط، غايته أن الدليل لم ينحصر على عبارة النص كما صرح به في الأصول. قوله: (إلا أن يصدقه بقية الورثة) أي بعد موته، ولا عبرة لإجازتهم قبله كما في خزانة المفتين وبه أشار صاحب الهداية لفعله، وأجاب به ابنه نظام الدين وحافده عماد الدين. ذكره القهستاني شرح الملتقى.

وفي النعيمية: إذا صدق الورثة إقرار المريض لوارثه في حياته لا يحتاج لتصديقهم بعد وفاته، وعزاه لحاشية مسكين قال: فلم تجعل الإجازة كالتصديق، ولعله لأنهم أقروا اهـ.

قال العلامة أبو السعود في حاشية مسكين: وكذا لو كان له دين على وارثه فأقر بقبضه لا يصح، إلا أن يصدقه لبقية. زيلعي. فإذا صدقوه في حياة المقر فلا حاجة إلى التصديق بعد الموت، بخلاف الوصية بما زاد على الثلث حيث لا تنفذ إلا بإجازة الورثة بعد موت الموصي. حموي اهـ.

أقول: ينبغي أن يكون على هذا للتوارث رضا الغرماء قبل موته. تدبر.

وأقول: وكذا وقف بيعه لوارثه على إجازتهم كما قدمه في باب الفضولي، وأشار في الخزانة إلى أنهم قالوا أجزنا إقراره في حياته فلهم الرجوع: أي فلا مخالفة، لأن التصديق كصريح الإقرار، بخلاف الإجازة. قوله: (فلو لم يكن وارث آخر) أي ذو فرض أو تعصيب أو رحم محرم. قوله: (أو أوصى لزوجته) يعني ولم يكن له وارث آخر، وكذا في حكمه كما في الشرنبلالية، وفي بعض النسخ «وأوصى» بدون ألف، وهي الأولى لأنه تصوير للوصية للوارث الذي ليس له وارث غيره، وذلك لا يتصور بغير أحد الزوجين لما قاله من أن غيرهما فرضاً ورداً. قوله: (صحت الوصية) ولو كان معها بيت المال لما أنه غير وارث، بل يوضع فيه المال على أنه مال ضائع لا بطريق الإرث، فلا يعارضه الوصية والإقرار ولا المحاباة، كما أفاده الخير الرملي في فتاواه آخر الوصايا، قال فيها: وحيث لا

---

(٦) أخرجه الدارقطني ٤/ ١٥٢ وانظر نصب الراية ٤/ ١٦٠.

وأما غيرهما فيرث الكل فرضاً ورداً فلا يحتاج لوصية. شرنبلالية.

وفي شرحه للوهبانية: أقر بوقف لا وارث له فلو على جهة عامة صح تصديق

وارث نفذت عباراتها مع زوجها بلا توقف، ولو أوصت بكل ما لها نفذت وصيتها له، لكن قد يقال: إن ما ذكره الشارح أنه لا يوافق مسألة المصنف، لأن موضوعها الإقرار لا بملاحظة أن هذا الإقرار يكون وصية بدليل قوله: «إلا أن يصدقه الورثة» فإنه يصحح الإقرار، إن لم يكن وارث آخر.

والحاصل: أن المسألة في حد ذاتها صحيحة، إلا أنها لا توافق مسألة للمصنف لما ذكرنا. تأمل. قوله: (وأما غيرهما) أي غير الزوجين ولو كان ذا رحم. شرنبلالية. قوله: (فرضاً ورداً) المناسب زيادة أو تعصيباً ط. قوله: (فلا يحتاج لوصية شرنبلالية) والحاصل أن إقرار المريض لوارثة لا يصح إذا كان هناك وارث آخر غير المقر له لا لعدم المحلية بل لحق الورثة، فإذا لم يكن له وارث آخر غير المقر له صح إقراره. قوله: (أقر بوقف الخ) هذا كلام مجمل يحتاج إلى بيان، ذكر الشارح العلامة عبد البر عن الخانية: رجل أقر في مرضه بأرض في يده أنها وقف إن أقر بوقف من قبل نفسه كان من الثلث كما لو أقر المريض بعتق عبده، وإن من جهة غيره إن صدقه ذلك الغير أو ورثته جاز في الكل، وإن لم يبين أنه منه أو من غيره فهو من الثلث. وفي منية المفتي مثله. وسواء أسند الوقف إلى حال الصحة أو لم يسند فهو من الثلث، إلا أن يجيز الورثة أو يصدقوه في الإسناد إلى الصحة، ولو كان المسند إليه مجهولاً أو معروفاً ولم يصدق ولم يكذب أو مات ولا وارث له إلا بيت المال فالظاهر أن يكون من الثلث، لأن التصديق منه أو من الوارث شرط في كونه من جميع المال، وفرع عليه صاحب الفوائد أنه لا يعتبر تصديق السلطان فيما إذا كان لم يكن له وارث إلا بيت المال، وهذا منقول من كلام شيخنا وإن قال الطرسوسي تفقهاً اهـ بتصرف.

وفي شرح الشرنبلالي: وإن أجاز ورثته أو صدقوه فهو من جميع المال، لأن مظهر بإقراره لا منشىء، فلو لم يكن لغير وارث.

قال المصنف: لا يعتبر تصديق السلطان، كذا أطلقه.

قلت: وهذا في الوقف لا على جهة عامة ظاهر لتضمنه إقراره على غيره وإبطال حق العامة، وأما الوقف على جهة عامة فيصح تصديق السلطان كإنشائه لما تقدم من صحة وقف السلطان شيئاً من بيت المال على جهة عامة، ثم لا يخفى أن المقر لم يسنده لغيره ولم يكن له وارث تجوز إجازة السلطان، ومن له بيت المال. كذا في البزازية. ولنا فيه رسالة. ولا يعمل بما فهمه الطرسوسي كما نقله المصنف عنه من أنه يكون من الثلث مع عدم اعتبار تصديق السلطان أنه نافذ من كل المال ط. قوله: (فلو على جهة عامة) كنظار الثغور. قوله: (صح تصديق السلطان) لأن له أن يفعل ذلك من بيت المال، ومن حكى

السلطان أو نائبه، وكذا لو وقف خلافاً لما زعمه الطرسوسي فليحفظ (ولو) كان ذلك (إقراراً بقبض دينه) أو غصبه أو رهنه.

أمراً يملك استئنافه صدق. قوله: (وكذا لو وقف) أي أنشأ وقفاً في مرض موته ولا وارث له على جهة عامة فإنه ينفذ من الجميع بتصديق السلطان. قوله: (خلافاً لمن زعمه الطرسوسي) هو يقول: لو لم يكن له وارث إلا بيت المال لا يحتاج تصديق السلطان، بل يكون من الثلث كما يؤخذ من شرح الوهبانية لعبد البر (السابقة)، ووجه فساد ما زعمه الطرسوسي أن الوقف والحالة هذه وصية وهي مقدمة على بيت المال، بل لا يحتاج ذلك لتصديق السلطان. قوله: (ولو كان ذلك) أي الإقرار ولو وصلية. قوله: (إقرار بقبض دينه أو غصبه) بأن أقر أنه قبض ما غصبه وارثه منه.

قال في الخانية: لا يصح إقرار مريض مات فيه بقبض دينه من وارثه، ولا من كفيل وارثه، ولو أقر لوارثه وقت إقراره ووقت موته وخرج من أن يكون وارثاً فيما بين ذلك بطل إقراره عند أبي يوسف، لا عند محمد ويأتي تمامه، وقيد بدين الوارث احترازاً عن إقراره باستيفاء دين الأجنبي، والأصل فيه أن الدين لو كان وجب له على أجنبي في صحته جاز إقراره باستيفائه، ولو عليه دين معروف، سواء وجب ما أقر بقبضه بدلاً عما هو مال الثمن أو لا كبدل صلح دم العمد والمهر ونحوه، ولو ديناً وجب له في مرضه وعليه دين معروف أو دين وجب عليه بمعاينة الشهود بمرضه، فلو ما أقر بقبضه بدلاً عما هو مال لم يجز إقراره: أي في حق غرماء الصحة أو المرض بمعاينة الشهود كما في البدائع، ولو بدلاً عما ليس بمال جاز إقراره بقبضه ولو عليه دين معروف جامع الفصولين.

وفيه: لو باع في مرضه شيئاً بأكثر من قيمته فأقر بقبض ثمنه والمسألة بحالها من كون المقر مديوناً ديناً معروفاً ببينة لم يصدق، وقيل للمشتري أدّ ثمنه مرة أخرى أو انقض البيع عند أبي يوسف، وعند محمد: يؤدي قدر قيمته أو ينقض البيع.

قال في جامع الفصولين: أقرّ بدين لوارثه أو لغيره، ثم برىء فهو كدين صحته، ولو أوصى لوارثه ثم برىء بطلت وصيته اهـ.

وفي الخلاصة: نفس البيع من الوارث لا يصح إلا بإجازة الورثة: يعني في مرض الموت وهو الصحيح، وعندهما يجوز، لكن إن كان فيه غبن أو محاباة يخير المشتري بين الرد وتكميل القيمة اهـ.

أقول: وبيان ما تقدم أن حق الغرماء يتعلق بذمة المديون في الصحة، فإذا مرض تعلق بمعنى التركة، وهي أعيانها، والدين مطلقاً ليس منها فلم يكن أتلف عليهم بهذا الإقرار شيئاً، وأما إذا مرض وتعلق حقهم بعين التركة فإذا باع منها شيئاً أو أقر باستيفاء

ونحو ذلك (عليه) أي على وارثه أو عبد وارثه أو مكاتبه لا يصح لوقوعه لمولاه، ولو فعله ثم برىء ثم مات جاز كل ذلك لعدم مرض الموت اختيار، ولو مات المقر له ثم المريض وورثه المقر له من ورثة المريض جاز إقراره كإقراره للأجنبي. بحر.

ثمنه فقد أتلف عليهم، وقوله وقيل للمشتري أدّ ثمنه مرة أخرى: أي على زعمك، وإلا بأن أقروا: أي الغرماء بدفع الثمن لا يكون لهم مطالبة، وهذا الفرع مشكل من حيث أن البيع صحيح نافذ، فكيف يتخير والحالة هذه بين نقض البيع أو تأدية الثمن. وقول محمد أشد إشكالاً من حيث إن الواجب في البيع الثمن دون القيمة، ويمكن تصويره على قول الإمام، وذلك بأن يكون المشتري وارثاً والبيع منه غير نافذ عنده، بل موقوف على إجازة الورثة، فإذا لم يجيزوا ولم يردوا كان للمشتري الخيار. وحينئذ يخير بين الفسخ وعدمه. فإذا قالت له الورثة إن شئت فادفع الثمن لنجيز البيع وإن شئت ردّ علينا بخيارك صح، لكن يشكل عليه قول محمد، وأن القولين منسوبان للصاحبين، وهما يجيزان البيع من الوارث مطلقاً، غير أنه يقال له في صورة المحاباة: أدّ القيمة أو افسخ. تأمل. قوله: (ونحو ذلك) كأن يقر أنه قبض المبيع فاسداً منه أو أنه رجع فيما وهبه له مريضاً حموي ط. أو أنه استوفى ثمن ما باعه كما في الهندية. قوله: (بقبض دينه) فيه إشارة إلى أن إقراره وديعة له كانت عنده صحيح، وبه صرح في الأشباه. ثم قال وينبغي أن يلحق بذلك الإقرار بالأمانات كلها. قوله: (لا يصح لوقوعه لمولاه) ملكاً في العبد والمكاتب إذا عجز وحقاً فيه إن لم يعجز تقسه.

والحاصل: أنه لا يصح إقرار مريض مات فيه بقبض دين من وارثه، ولا من كفيل وارثه أو عبد وارثه، لأن الإقرار لعبد الوارث إقرار لمولاه، وما أقر به للمكاتب فيه حق لمولاه، لذلك قال في المنح: لأنه يقع لمولاه ملكاً أو حقاً اهـ. قوله: (ولو فعله) أي الإقرار بهذه الأشياء للوارث. قوله: (ثم برىء) أي من مرضه. قوله: (لعدم مرض الموت) فلم يتعلق به حق الورثة. قوله: (ولو مات المقر له) أي الوارث المقر ثم المريض المقر. قوله: (وورثه المقر له من ورثة المريض) صورته: أقر لابن ابنه ثم مات ابن الابن عن أبيه ثم مات المقر عن ذلك الابن فقط أو ابنين أحدهما والد المقر له أو أقر لامرأته بدين فماتت ثم مات هو وترك منها وارثاً. قوله: (جاز إقراره) عند أبي يوسف آخراً ومحمد لخروجه عن كونه وارثاً في الصورة الأولى، وفي الصورة الثانية فلأن المعتبر لكون المقر له وارثاً ولا وقت موت المقر، وهي إذ ذاك ليست وارثة، لأن الميت ليس بوارث، وهذا هو الذي يأتي قريباً عن الصيرفية. قوله: (كإقراره لأجنبي) يعني لو كان المقر له أجنبياً ومات قبل المقر وورثته ورثة المقر فإن إقراره جائز لأنه لم يقر لوارث حين أقر، أما في الأجنبي فظاهر، وأما في الوارث الذي مات فإنه بموته قبل المقر خرج عن كونه وارثاً له. قال في المنح: ولو أقر

وسيجيء عن الصيرفية (بخلاف إقراره له) أي لوارثه (بوديعة مستهلكة) فإنه جائز.
وصورته أن يقول: كانت عندي وديعة لهذا الوارث فاستهلكتها. جوهرة.
والحاصل: أن الإقرار للوارث موقوف إلا في ثلاث مذكورة في الأشباه.

لوارثه ثم مات المقر له ثم المريض ووارث المقر له من ورثة المريض لم يجز إقراره عند أبي يوسف أولاً، وقال آخراً: يجوز وهو قول محمد. قوله: (وسيجيء) أي قريباً. قوله: (بوديعة مستهلكة) أي وهي معروفة لعدم التهمة، ولو كذبناه ومات وجب الضمان من ماله لأنه مات مجهلاً، وعليه بينة فلا فائدة في تكذيبه، ولو كانت الوديعة غير معروفة لا يقبل إقراره باستهلاكها إلا أن يصدقه بقية الورثة كما في التبيين، والأصوب أن يقول المصنف (باستهلاك الوديعة) أي المعروفة بالبينة بدل قوله (بوديعة مستهلكة). قوله: (وصورته) لم يبين بهذه الصورة أن الوديعة معروفة كما صرح به في الأشباه، وقد أوضح المسألة في الولوالجية فراجعها وصورها في جامع الفصولين راقماً.

صورتها: أودع أباه ألف درهم في مرض الأب أو صحته عند الشهود فلما حضره الموت أقر بإهلاكه صدق، إذ لو سكت ومات ولا يدري ما صنع كانت ديناً في ماله، فإذا أقر باستهلاكه فأولى، ولو أقر أولاً بتلفها في يده فنكل عن اليمين ومات لم يكن لوارثه في ماله شيء اهـ.

والحاصل: أن مدار الإقرار هنا على استهلاك الوديعة المعروفة لا عليها، ومنه تعلم أن قوله ومنها إقراره بالأمانات كلها مقيد بما هنا، ثم فيه أيضاً: لو أقر المريض بقبض ثمن ما باعه لوارثه بأمره أو بولاية لم يصدق إذا أقر بدين لوارثه إلا أن يدعي الهلاك لكونه ديناً في تركته، فلو قال قبضت الثمن وأتلفته يبرأ المشتري، ولو أدى لم يرجع، وكذا لا يصدق في قبض ثمن ما باع لغيره من وارثه إلا أن يقول ضاع عندي أو دفعته إلى الآمر اهـ. واللام في لوارثه ولغيره: لام العلة أو الملك لا التعدية، وقوله إلا أن يدعي الهلاك لكونه ديناً في تركته صوابه: لكونه ليس ديناً في تركته، لأن الوكيل أمين غير ضمين، ويدل على ذلك أيضاً قوله بعده إلا أن يقول ضاع عندي أو دفعته إلى الآمر، لأنه لم يصر ديناً في التركة لا لوارث ولا من جهة الوارث، وقوله قبضت الثمن وأتلفته هو مثل إقراره لوارثه بوديعة استهلكها فتقيد المبايعة بمعاينة الشهود، وحينئذ فإذا أدى ضمان ذلك للوارث لم يرجع على المشتري، ويمكن رجوع ضمير أدى للمشتري، وإنما لا يرجع لأنه متبرع، وسيأتي في آخر كتابه على الوصايا ما يخالفه، ولكن ما هنا أولى.

وفي خزانة المفتين: باع عبداً من وارثه في صحته، ثم أقر باستيفاء الثمن في المرض لا يصح. وفي الزيلعي: لو كانت الوديعة غير معروفة لا يقبل قوله استهلكتها إلا أن يصدقه بقية الورثة. قوله: (والحاصل الخ) فيه مخالفة للأشباه، ونصها: وأما مجرد الإقرار

للوارث فهو موقوف على الإجازة، سواء كان بعين أو دين أو قبض منه أو أبرأه إلا في ثلاث: لو أقر بإتلاف وديعته المعروفة، أو أقر بقبض ما كان عنده وديعة، أو بقبض ما قبضه الوارث بالوكالة من مديونه. كذا في تلخيص الجامع. وينبغي أن يلحق بالثلاثة إقراره بالأمانات كلها ولو مال الشركة أو العارية، والمعنى في الكل أنه ليس فيه إيثار البعض، فاغتنم هذا التحرير فإنه من مفردات هذا الكتاب اهـ.

وقد ظن من لا خبرة له أن النفي من قبيل الإقرار وهو خطأ، وقال قبل هذا: لو قال المريض مرض الموت لا حق لي على فلان الوارث لم تسمع الدعوى عليه من وارث آخر، وعلى هذا يقع كثيراً أن البنت في مرض موتها بأن الأمتعة الفلانية ملك أبيها لا حق لها فيها، وقد أجبت فيها مراراً بالصحة لما في التاتارخانية من باب إقرار المريض: ادعى على رجل مالاً وأثبته وأبرأه لا تجوز براءته إن كان مديوناً وكذا لو أبرأ الوارث لا يجوز سواء كان مديوناً أو لا، ولو قال: لم يكن لي على هذا المطلوب شيء ثم مات جاز إقراره في القضاء.

وفي البزازية: قالت فيه ليس لي على زوجي مهر يبرأ عندنا، خلافاً للشافعي، وفيها قبله: قال فيه لم يكن لي عليه شيء ليس لورثته أن يدعوا عليه شيئاً في القضاء، وفي الديانة لا يجوز هذا الإقرار. وفي الجامع: أقر الابن فيه أنه ليس له على والده شيء من تركة أمه صح، بخلاف ما لو أبرأه أو وهبه، وكذا لو أقر بقبض ماله منه فهذا صريح فيما قلناه، ولا ينافيه ما في البزازية قولها فيه لا مهر لي عليه أو لا شيء لي عليه أو لم يكن عليه مهر، قيل لا يصح، وقيل يصح، والصحيح أنه لا يصح اهـ. لأن هذا في خصوص المهر لظهور أنه عليه غالباً وكلامنا في غير المهر، ولا ينافيه ما ذكره البزازي أيضاً: ادعى عليه ديوناً ومالاً ووديعة فصالح الطالب على يسير سراً وأقر الطالب في العلانية أنه لم يكن له على المدعى عليه شيء، وكان ذلك في مرض المدعي ثم مات فبرهن الوارث أنه كان لمورثي عليه أموال كثيرة، وإنما قصد حرماننا لا تسمع، وإن كان المدعى عليه وارثه المدعي وجرى ما ذكرنا فبرهن بقية الورثة على أن أبانا قصد حرماننا بهذا الإقرار تسمع اهـ. لكونه متهماً في هذا الإقرار لتقدم الدعوى عليه والصلح معه على يسير والكلام عند عدم قرينة على التهمة اهـ كلام الأشباه.

فقول الشارح «منها إقراره الخ» وقوله «ومنه هذا الشيء الخ» إنما هما بحثان لا منقولان، فتحريره في غير محله لأن المراد بالأمانة قبضها منه لا أنها له، ومنافاتها أيضاً في الأخير لأنه من الإقرار بالعين للوارث، وتقدم هو عدم صحة ذلك، وقياسه على قول المورث لم يكن لي على الوارث دين قبل ثبوته قياس مع الفارق، لأن العين غير الدين وهو

منها: إقراره بالأمانات كلها.

ومنها النفي: كلا حق لي قبل أبي أو أمي، وهي الحيلة في إبراء المريض وارثه، ومنه هذا الشيء الفلاني ملك أبي أو أمي كان عندي عارية،

لا يصح، ويأتي قريباً تأييد الموافقة لما فهمته عن الخير الرملي والحموي والحامدي، ولله تعالى الحمد والمنة، وقدمنا ما يفيد ذلك مع بعض النقول المذكورة. قوله: (منها إقراره بالأمانات كلها) أي بقبض الأمانات التي عند وارثه، لا بأن هذه العين لوارثه فإنه لا يصح كما صرح به الشارح قريباً، وصرح به في الأشباه، وهذا مراد صاحب الأشباه بقوله: وينبغي أن يلحق بالثانية إقراره بالأمانات كلها، تنبه لهذا فإنا رأينا من يخطىء فيه ويقول: إن إقراره لوارثه بها جائز مطلقاً، مع أن النقول مصرحة بأن إقراره له بالعين كالدين كما قدمناه عن الرملي. ومن هذا يظهر لك ما في بقية كلام الشارح، وهو متابع فيه للأشباه مخالفاً للمنقول، وخالفه فيه العلماء الفحول كما قدمناه.

وفي الفتاوى الإسماعيلية: سئل فيمن أقر في مرضه أن لا حق له في الأسباب والأمتعة المعلومة مع بنته المعلومة وأنها تستحق ذلك دونه من وجه شرعي، فهل إذا كانت الأعيان المرقومة في يده وملكه فيها ظاهر ومات في ذلك المرض فالإقرار بها للورثة باطل؟.

الجواب: نعم على ما اعتمده المحققون، ولو مصدراً بالنفي خلافاً للأشباه وقد أنكروا عليه ا هـ ونقله السائحاني في مجموعه ورد على الأشباه والشارح في هامش نسخته.

وفي الحامدية: سئل في مريض مرض الموت أقر فيه أنه لا يستحق عند زوجته هند حقاً وأبرأ ذمتها عن كل حق شرعي ومات عنها وعن ورثة غيرها وله تحت يدها أعيان وله بذمتها دين والورثة لم يجيزوا الإقرار، فهل يكون غير صحيح؟

الجواب: يكون الإقرار غير صحيح والحالة هذه، والله تعالى أعلم ا هـ.

أقول: لكن يجب تقييد عدم الصحة بما إذا كان ملكه فيها معلوماً أيضاً ليكون ذلك قرينة على قصد الإضرار بباقي الورثة لئلا ينافي كلامهم. تأمل. قوله: (ومنها النفي) فيه أنه ليس بإقرار للوارث كما صرح به في الأشباه. قوله: (كلا حق لي) هذا صحيح في الدين لا في العين كما مر. قوله: (وهي الحيلة) أي في قوله: لا حق لي قبل أمي وأبي: يعني إذا علم أنه لا حق له قبلهما ويخاف أن يتحمل عليهما أحد من الورثة أو يدعي عليهما بشيء، أما لو كان له حق فلا يحل له إضرار باقي الورثة، فليتق الله من كان خارجاً من الدنيا مقبلاً على الآخرة. قوله: (ومنه) الأولى ومنها كما قال في سابقه إلا أن يقال: إنه عائد إلى النفي: أي ومن النفي السابق هذا الخ. قوله: (هذا) غير صحيح كما علمته مما

وهذا حيث لا قرينة، وتمامه فيها فليحفظ فإنه مهم.

(أقر قبه) أي في مرض موته (لوارثه يؤمر في الحال بتسليمه إلى الوارث فإذا مات يرده) بزازية.

وفي القنية: تصرفات المريض نافذة، وإنما ينتقض

مر لأنه مخالف لعامة المعتبرات. قوله: (وهذا حيث لا قرينة) لم يذكر ذلك في الأشباه أصلاً، وحيث كان هذا إقراراً بعين لوارث وأنه لا يصح فلا حاجة إلى هذا التقييد. قوله: (فليحفظ فإنه مهم) الحاصل أن الشارح رحمه الله تعالى تابع صاحب الأشباه، وقد علمت أنه مخالف للمنقول، واستنبط من كلامه أشباه مخالفة أيضاً، وقد ظهر لك بما قدمناه حقيقة الحال بعون الملك المتعال.

تتمة: قال في البحر في متفرقات القضاء: ليس لي على فلان شيء ثم ادعى عليه مالاً وأراد تحليفه لم يحلف، وعند أبي يوسف يحلف، وسيأتي في مسائل شتى آخر الكتاب أن الفتوى على قول أبي يوسف، واختاره أئمة خوارزم، لكن اختلفوا فيما إذا ادعى وارث المقر على قولين، ولم يرجح في البزازية منهما شيئاً. وقال الصدر الشهيد: الرأي في التحليف إلى القاضي، وفسره في فتح القدير بأنه يجتهد في خصوص الوقائع، فإن غلب على ظنه أنه لم يقبض حين أقر يحلف له الخصم، ومن لم يغلب على ظنه ذلك لا يحلفه، وهذا إنما هو في المقرض في الأخصام اهـ.

قلت: وهذا مؤيد لما بحثناه، والحمد لله.

قال في التاترخانية عن الخلاصة: رجل قال استوفيت جميع مالي على الناس من الدين لا يصح إقراره، وكذا لو قال أبرأت جميع غرمائي لا يصح، إلا أن يقول قبيلة فلان وهم يحصون فحينئذ يصح إقراره ويبرأ. وفي التاترخانية أيضاً عن واقعات الناطفي: أشهدت المرأة شهوداً على نفسها لابنها أو لأخيها تريد بذلك إضرار الزوج، أو أشهد الرجل شهوداً على نفسه بمال لبعض الأولاد يريد به إضرار باقي الأولاد والشهود يعلمون ذلك وسعهم أن لا يؤدوا الشهادة إلى آخر ما ذكره العلامة البيري، وينبغي على قياس ذلك أن يقال: إذا كان للقاضي علم بذلك لا يسعه الحكم. كذا في حاشية أبي السعود على الأشباه والنظائر. قوله: (يؤمر في الحال بتسليمه) لاحتمال صحة هذا الإقرار بصحته من هذا المرض. قوله: (يرده) أي إن كان له وارث غيره ولم يصدقه. قوله: (تصرفات المريض نافذة) لما تقدم احتمال صحته، ويظهر لي أن يتفرع على هذا ما في الخانية، وهو لو أقر لوارثه بعبد ليس لي لكنه لفلان الأجنبي فصدقه ثم مات المريض فالعبد للأجنبي ويضمن الوارث قيمته وتكون بينه وبين سائر الورثة. قوله: (وإنما ينتقض) أي التصرف المأخوذ من التصرفات، وهذا في تصرف ينتقض، أما ما لا ينتقض كالنكاح فالأمر فيه ظاهر، وفي

بعد الموت (والعبرة لكونه وارثاً وقت الموت لا وقت الإقرار) فلو أقر لأخيه مثلاً ثم ولد له صح الإقرار لعدم إرثه، إلا إذا صار وارثاً وقت الموت (بسبب جديد كالتزويج وعقد الموالاة) فيجوز كما ذكره بقوله: (فلو أقر لها) أي لأجنبية (ثم تزوجها صح

نسخة بالتاء. قوله: (بعد الموت) محله ما إذا تصرف لوارث، وأما إذا كان لغير وارث: فإن كان تبرعاً أو محاباة ينفذ من الثلث، وإلا فصحيح كالكامل. قوله: (والعبرة لكونه وارثاً الخ) قال الزيلعي: اعلم أن الإقرار لا يخلو إما أن يكون المقر له وارثاً وقت الإقرار دون الموت، أو كان وارثاً فيهما، وإن لم يكن وارثاً فيما بينهما أو لم يكن وارثاً وقت الإقرار وصار وارثاً وقت الموت، فإن كان وارثاً وقت الإقرار دون وقت الموت بأن أقر لأخيه مثلاً ثم ولد له ولد يصح الإقرار، لعدم كونه وارثاً وقت الموت، وإن كان وارثاً فيهما لا فيما بينهما بأن لامرأته ثم أبانها وانقضت عدتها ثم تزوجها أو والى[1] رجلاً فأقر له ثم فسخ الموالاة ثم عقدها ثانياً لا يجوز الإقرار عند أبي يوسف، لأن المقر متهم بالطلاق، وفسخ الموالاة ثم عقدها ثانياً، وعند محمد يجوز، لأن شرط امتناع الإقرار أن يبقى وارثاً إلى الموت بذلك السبب ولم يبق، ولأنه لما صار أجنبياً تعذر الإقرار كما لو أنشأه في ذلك الوقت، ألا ترى أنه لو لم يعقد ثانياً كان جائزاً فكذا إذا عقد. وإن لم يكن وارثاً وقت الإقرار ثم صار وارثاً وقت الموت ينظر: فإن صار وارثاً بسبب كان قائماً وقت الإقرار بأن أقر لأخيه وله ابن مات الابن قبل الأب لا يصح إقراره، فإن صار وارثاً بسبب جديد كالتزويج وعقد الموالاة جاز. وقال زفر: لا يجوز لأن الإقرار حصل للوارث وقت العقد فصار كما إذا صار وارثاً بالنسب ولنا أن الإقرار حين حصل للأجنبي لا للوارث فينفذ ولزم فلا يبطل، بخلاف الهبة لأنها وصية ولهذا من الثلث، فيعتبر وقت الموت، بخلاف ما إذا صار وارثاً بالنسب بأن أقر مسلم مريض لأخيه الكافر، ثم أسلم قبل موته أو كان محجوباً بالابن ثم مات الابن، حيث لا يجوز الإقرار له لأن سبب الإرث كان قائماً وقت الإقرار، ولو أقر لوارثه ثم مات المقر له ثم المريض ووارث المقر له من ورثة المريض لم يجز إقراره عند أبي يوسف أولاً، لأن إقراره حصل للوارث ابتداء وانتهاء. وقال آخراً: يجوز وهو قول محمد، لأنه بالموت قبل موت المريض خرج من أن يكون وارثاً، وكذلك لو أقر لأجنبي ثم مات المقر له ثم المريض وورثة المقر له من ورثة المقر، لأن إقراره كان للأجنبي فيتم به ثم لا يبطل بموته اهـ. قوله: (لعدم إرثه) أي وقت الموت. قوله: (فيجوز) يعني لو أقر لأجنبي في مرض موته وكان المقر مجهول النسب وعقد الموالاة معه فلما مات وارثاً بعقد الموالاة، فلا يبطل إقراره له لأن الإرث إنما كان بسبب حادث بعد الإقرار، فيبقى الإقرار صحيحاً لكن لا تظهر له ثمرة لأن مولى الموالاة

(١) أي عقد معه عقد الموالاة.

أن ينكر ذلك صح (إقراره) لأن الميت ليس بوارث (كما لو أقر لامرأته في مرض موته بدين ثم مات قبله وترك) منها (وارثاً) صح الإقرار (وقيل لا) قائله بديع الدين. صيرفية. ولو أقر فيه لوارثه ولأجنبي بدين لم يصح خلافاً لمحمد. عمادية (وإن أقر لأجنبي) مجهول نسبه (ثم أقر ببنوته)

فرع: باع فيه من أجنبي عبداً وباعه الأجنبي من وارثه أو وهبه منه صح إن كان بعد القبض، لأن الوارث ملك العبد من الأجنبي لا من مورثه. بزازية. قوله: (وترك منها وارثاً) الظاهر أن قول المؤلف منها اتفاقي، ويحمل كلام المصنف على أنه ترك وارثاً منكراً ما أقر به. قوله: (ولو أقر فيه لوارثه ولأجنبي بدين لم يصح) أي للوارث ولا للأجنبي. قوله: (خلافاً لمحمد) فإنه يجيزه في حق الأجنبي ويبطل منه ما أصاب الوارث، وهذا مستدرك بقوله سابقاً أو مع أجنبي بدين أو عين أطلقه هنا، وقيد الخلاف في الوصايا بما إذا أنكر أحدهما الشركة مع الآخر فيصح في حصة الأجنبي عند محمد خلافاً لهما، أما إذا تصادقا فلا يصح اتفاقاً، ومثله في التمرتاشية والمجمع له أن أقراره للوارث لم يصح فلم تثبت الشركة، فتصح للأجنبي كما لو أوصى لوارثه ولأجنبي، وكما لو أقر لأخيه في مرض موته ولا وارث له غيره ثم ولد له ابن ينفذ إقراره لأخيه. كذا هنا. ولهما: أنه أقر بمال موصوف بصفة فإذا بطلت الصفة بطل الأصل كما لو تصادقا كما في شرح المنظومة.

فرع: في التاترخانية عن السراجية: ولو قال مشترك أو شركة في هذه الدار فهذا إقرار بالنصف، وفي العتابية. ومطلق الشركة بالنصف عند أبي يوسف، وعند محمد ما يفسره المقر. ولو قال في المتشاركان موصولاً صدق، وكذا قوله بيني وبينه أولى وله أعلم. منح المنحة. قوله: (عمادية) وعبارتها كما في المنح حيث قال: ولو أقر المريض لوارثه ولأجنبي بدين فإقراره باطل تصادقا في الشركة أو تكاذبا.

وقال محمد: إقراره للأجنبي بقدر نصيبه جائز إذا تكاذبا في الشركة وأنكر الأجنبي الشركة. وهي معروفة في الجامعين. وذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده: إذا كذب الوارث المقر في الشركة وصدقه في الأجنبي لم يذكر محمد هذا الفصل، ويجوز أن يقال: إنه على الاختلاف، ولكن الصحيح أن يقال: إنه لا يجوز على قول محمد كما هو مذهبهما. هذه الجملة في فتاوى القاضي ظهير الدين ما في الفصول. وبه وبما ذكرناه عن شرح المنظومة يعلم ما في كلام الشارح فتأمله. وقدمنا نظيره فلا تنسه. قوله: (وإن أقر لأجنبي مجهول نسبه الخ) وهو من لا يعلم له أب في بلده على ما ذكر في شرح تلخيص الجامع لأكمل الدين، والظاهر أن المراد به بلد هو فيه كما في القنية لا مسقط رأسه كما ذكر البعض، واختار المقدسي وبعض أرباب الحواشي بأنه هو الظاهر؛ لأن المغربي إذا انتقل إلى المشرق فوقع عليه حادثة يلزمه أن يفتش عن نسبه في المغرب؛ وفيه من الحرج ما

وصدقه وهو من أهل التصديق (ثبت نسبه) مستنداً لوقت العلوق (و) إذا ثبت (بطل إقراره) لما مر ولو لم يثبت بأن كذبه أو عرف نسبه صح الإقرار لعدم ثبوت النسب. شرنبلالية معزياً للينابيع.

(ولو أقر لمن طلقها ثلاثاً) يعني بائناً (فيه) أي في مرض موته (فلها الأقل من الإرث والدين) ويدفع لها ذلك بحكم الإقرار لا بحكم الإرث، حتى لا تصير شريكة في أعيان التركة شرنبلالية (وهذا إذا) كانت في العدة و (طلقها بسؤالها)

لا يخفى، فليحفظ هذا. ذكره في الحواشي اليعقوبية. وإلى القولين أشار الشارح فيما يأتي، وقيد بمجهول النسب لأن معروفه يمتنع ثبوته من غيره. قوله (وصدقه) أي إذا كان يولد مثله لمثله لئلا يكون مكذبا في الظاهر. ذكره الشمني قوله (وهو من أهل التصديق) بأن كان يعبر عن نفسه، أما إذا لم يكن يعبر عن نفسه لم يحتج إلى التصديق كما سيذكره الشارح. قوله: (لما مر) من أنه إقرار لوارث عند موت بسبب قديم كان عند الإقرار، ولو أقر المريض المسلم بدين لابنه النصراني أو العبد فأسلم أو أعتق قبل موته فالإقرار باطل، لأن سبب التهمة بينهم كان قائماً حين الإقرار، وهو القرابة المانعة للإرث، ولو في ثاني الحال وليس هذا كالذي أقر لامرأة ثم تزوجها. والوجه ظاهر كما في غاية البيان نقلا عن وصايا الجامع الصغير.

وذكر فخر الدين قاضيخان في شرحه خلاف زفر في الإقرار لابنه وهو نصراني أو عبد الخ فقال: إن الإقرار صحيح عند زفر لأنه وقت الإقرار لم يكن وارثا اهـ.

أقول: يظهر من هذا أن مذهبه مضطرب، لأن هذا التعليل يقتضي صحة إقراره في المسألة المارة بصحة إقراره لأجنبية ثم تزوجها مع أن مذهبه عدم الصحة كهذه المسألة. تدبر. قوله: (ولو لم يثبت) الأنسب في التعبير أن يقول: فلو عرف أو كذبه لا يثبت نسبه، ويكون ذلك مفهوم قوله «مجهول نسبه» وقوله «وصدقه» كما علمت فتدبر. قوله: (لعدم ثبوت النسب) تكرار لا فائدة فيه. قوله: (ولو أقر لمن طلقها) أي في مرضه. قوله. (يعني بائناً) أي الثلاث ليس بقيد لأن البائن يمنعها من الإرث، ولو واحدة حيث كان بطلبها أو في الصحة فالشرط البينونة ولو صغيرة، أما الرجعية فهي زوجة، وإن كانت ممن لا ترث بأن كانت ذمية صح إقراره لها من جميع المال ووصيته من الثلث. حدادي. وإن طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغاً ما بلغ، ولا يصح الإقرار لها لأنها وارثة إذ هو فار. قوله: (فلها الأقل من الإرث والدين) لقيام التهمة ببقاء العدة لاحتمال تواطئها معه على الطلاق ليقر لها بالدين الزائد على فرضها فعوملت بالأقل دفعاً لقصدها السيء بإضرار الورثة، وباب الإقرار كان منسداً لبقاء الزوجية، فربما أقدم على الطلاق ليصح إقراره لها زيادة على إرثها ولا تهمة في أقلهما فيثبت. قوله: (في أعيان التركة) ولو كان إرثاً لشاركت

فإذا مضت العدة جاز لعدم التهمة. عزمية (وإن طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغاً ما بلغ، ولا يصح الإقرار لها) لأنها وارثة، إذ هو فار، وأهمله أكثر المشايخ لظهوره من كتاب الطلاق (وإن أقر لغلام مجهول النسب) في مولده أو في بلد هو فيها وهما في السن بحيث (يولد مثله لمثله أنه ابنه وصدقه الغلام) لو مميزاً وإلا يحتج لتصديقه كما مر، وحينئذ (ثبت نسبه

فيها، والمسألة تقدمت في آخر إقرار المريض بأوفى مما هنا فراجعها إن شئت.

فرع: إقراره لها: أي للزوجة بمهرها إلى قدر مثله صحيح لعدم التهمة فيه، وإن بعد الدخول فيه قال الإمام ظهير الدين: وقد جرت العادة بمنع نفسها قبل قبضها مقدار من المهر فلا يحكم بذلك القدر إذا لم تعترف هي بالقبض، والصحيح أنه يصدق إلى تمام مهر مثلها وإن كان الظاهر أنها استوفت شيئاً. بزازية.

وفيها: أقر فيه لامرأته التي ماتت عن ولد منه بقدر مهر مثلها وله ورثة أخرى لم يصدقوه في ذلك، قال الإمام ظهير الدين: لا يصح إقراره، ولا يناقض هذا ما تقدم لأن الغالب هنا بعد موتها استيفاء ورثتها أو وصيها المهر، بخلاف الأول اهـ. قوله: (فإذا مضت العدة) أي سواء كان الإقرار قبل مضيها أو بعده، والظاهر أن مثله ما لو أقر لها وهي زوجته في مرض موته ثم طلقها وانقضت العدة ثم مات. قوله: (وإن أقر لغلام) لا يخفى أن قوله «سابقاً وإن أقر لأجنبي الخ» مندرج في هذه. شرنبلالية.

قال السيد الحموي: وكان الأولى تقديم هذه المسألة على قوله «وإن أقر لأجنبي ثم أقر ببنوته» لأن الشروط الثلاثة هنا معتبرة هناك أيضاً اهـ. قوله: (أو في بلد هو فيها) حكاية قول آخر كما قدمناها قريباً.

قال العلامة الرحمتي: إذا كان مجهول النسب في أحد المكانين: أي بلده أو بلد هو فيها يقضي بصحة الدعوى، لكن مجهول النسب في موضع الدعوى إذا قضى بثبوت نسبه من المدعي ثم جاءت بينة من مولده بأنه معلوم النسب من غير المدعي تبطل بها تلك الدعوى، أما لو كان مجهول النسب في مولده فلا تنقض الدعوى بعد ثبوتها. قوله: (بحيث يولد مثله لمثله) أي مثل هذا الغلام لمثل هذا المريض بأن يكون الرجل أكبر منه باثني عشرة سنة ونصف، والمرأة أكبر منه بتسع سنين ونصف كما في المضمرات، والمراد بالغلام الولد فيشمل البنت. قوله: (إنه ابنه) أي بلا واسطة، حتى لو أقر لشخص أنه ابن ابنه لم يثبت نسبه وكان حكمه حكم ما لو أقر بأخ كما في البرجندي، وسيأتي. قوله: (وصدقه) أي المقر الغلام. قوله: (وإلا لم يحتج لتصديقه) لأنه في يد غيره فينزل منزلة البهيمة فلم يعتبر تصديقه، بخلاف المميز لأنه في يد نفسه، وعند الأئمة الثلاثة بلا تصديقه لو كان غير مكلف. قوله: (وحينئذ) ينبغي حذفها فإنه بذكرها بقي الشرط بلا

ولو) المقر (مريضاً و) إذا ثبت (شارك) الغلام (الورثة) فإن انتفت هذه الشروط يؤاخذ المقر من حيث استحقاق المال، كما لو أقر بأخوة غيره كما مر عن الينابيع. كذا في الشرنبلالية، فيحرر عند الفتوى (و) الرجل (صح إقراره)

جواب ح. قوله: (ولو المقر مريضاً) لا حاجة إليه بعد كون الباب باب إقرار المريض. قوله: (شارك الغلام الورثة) لأنه من ضروريات ثبوت النسب. زيلعي. ثم لا يصح الرجوع، لأن النسب بعد ثبوته لا يقبل الإبطال. بخلاف الرجوع عن الإقرار لنسب نحو الأخ، فإنه يصح لعدم ثبوته لأنه كالوصية وإن صدقه المقر له كما في البدائع، لكن يأتي في كلام الشارح عن المصنف قريباً «بالتصديق يثبت فلا ينفع الرجوع لغوا» ويأتي الكلام عليه. قوله: (فإن انتفت هذه الشروط) أي أحدها بأن علم نسبه أو لم يولد مثله لمثله، أو لم يصدقه الغلام فيصير مكذباً فلا يثبت النسب، لكنه يؤاخذ المقر من حيث استحقاق المال كما قال. قوله: (يؤاخذ المقر من حيث استحقاق المال) أي ولا يثبت النسب لما علمت، وكونه يؤاخذ المقر من حيث استحقاق المال لا يظهر هنا، لأن هذا في مجرد الإقرار بالنسب لا الإقرار بالمال أيضاً.

وإنما يظهر ذلك في المسألة السابقة، وهي ما إذا أقر لأجنبي ثم ادعى بنوته، فإنه إذا لم توجد هذه الشروط لزمه المال، وإن كان النسب لا يثبت، ولا يراد بالمال ما يلزمه من النفقة والحضانة والإرث كما يأتي لما فيه من تحميل النسب على الغير، فإنه إذا انتفى هنا التصديق كيف يرثه أو تجب عليه نفقته؟ وكذا إذا كان لا يولد مثله لمثله أو كان معلوم النسب، وما يأتي محله إذا وجدت الشروط اللائقة ولم يصدق المقر عليه: أي وقد أقر له مع ذلك بمال فإن النسب لا يثبت، لأن فيه تحميلاً على الغير، ولكنه يصح إقراره بالمال كما لو أقر بأخوة غيره فما في يده من مال أبيه كان للمقر له نصفه، وظاهره أنه يقدم على دين الصحة فيكون مخالفاً لما مر أن ما أقر به في المرض مؤخر عنه على أن المؤاخذة حينئذ ليست للمقر بل للورثة حيث يشاركهم في الإرث، ومع هذا فإن كان الحكم كذلك فلا بد له من نقل صريح حتى يقبل.

قال سيدي الوالد رحمه الله تعالى: وقد راجعت عدة كتب فلم أجده، ولعله لهذا أمر الشارح بالتحرير، فتأمل. قوله: (كما مر عن الينابيع) الذي قدمه الشرنبلالي عن الينابيع في المسألة السابقة نصه: ولو كذبه أو كان معروف النسب من غيره لزمه ما أقر به ولا يثبت النسب اهـ. وعبارة الشارح ركيكة، فلو قال: فلو انتفى أحد هذه الشروط وقد أقر له بمال يؤاخذ به المقر لكان أوضح، لأن المانع من صحة الإقرار ثبوت النسب فحيث لم يثبت لزم المقر به، وهذا هو تحرير المقام ط. قوله: (فيحرر عند الفتوى) قال الحلبي: لم يظهر لي المخالفة الموجبة للتحرير، فتأمل. قوله: (والرجل صح إقراره) في بعض النسخ

أي المريض (بالولد والوالدين). قال في البرهان وإن علياً.

قال المقدسي: وفيه نظر لقول الزيلعي: لو أقر بالجد أو ابن الابن لا يصح، لأن فيه حمل النسب على الغير (بالشروط) الثلاثة (المتقدمة) في الابن (و) صح (بالزوجة بشرط خلوها عن زوج وعدته وخلوه) أي المقر (عن أختها) مثلاً أو أربع سواها

هكذا بزيادة لفظ الرجل، لإفادة أن الإقرار بالمذكورات ليس قاصر على المريض. فقوله: (بعد أي المريض) تفسير مضر ولا حاجة إليه بعد تقدم مرجعه إلا أن يجعل مرفوعاً تقييد الرجل، وهو تقييد مضر أيضاً كما في ط. لكن الأولى كما في بعض النسخ المحذوف منها لفظ الرجل أن يقال: قيد بالمريض ليعلم: أي التصحيح كذلك بالأولى، وإنما قيده به لأن الكلام في إقرار المريض. قوله: (بالولد والوالدين) لأنه إقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير وأعاد صحة الإقرار بالولد لذكر جملة ما يصح في جانب الرجل، وأفاد بالتصريح الإقرار كما يأتي قريباً اعتماد الشارح له تبعاً للمصنف.

قال في العناية: وهو رواية تحفة الفقهاء وشرح الفرائض للإمام سراج الدين، والمذكور في المبسوط والإيضاح والجامع الصغير للمحبوبي: أن إقرار الرجل يصح بأربعة بالابن والأب والمرأة ومولى العتاقة اهـ. ومن الظاهر أن الابن ليس بقيد فخرج صحة الإقرار بالبنت اهـ. قوله: (وإن علياً) أي الوالدان، ولا يرجع الضمير إلى الوالدين والابن لأنه لا يقال فيه وإن علا، وعبارة البرهان يصح إقراره بالولد والوالدين: يعني الأصل وإن علا اهـ. ولا غبار عليها. قوله: (وفيه نظر) وجهه ظاهر فهو كإقراره ببنت ابن.

قال في جامع الفصولين: أقر ببنت فلها النصف والباقي للعصبة إذ بإقراره ببنت جاز لا يثبت الابن اهـ. وما ذاك إلا لأن فيه تحميل النسب على الابن، فتدبر ط. قوله: (لا يصح) سيأتي التصريح به في المتن وهو مؤيد أيضاً لكلام المقدسي. قوله: (بالشروط الثلاثة المتقدمة في الابن) لم يذكرها اتكالاً على ما تقدم، إلا أن في دعواه هنا أي يشترط أن يكون المقر مجهول النسب، وأن يولد مثل المقر لمثل المقر له. قوله: (بشرط خلوها الخ) ينبغي أن يزاد وأن لا تكون مجوسية أو وثنية، ولم أر من صرح به. حموي. وفي حاشية سري الدين على الزيلعي. قوله: (والزوجة: أي بشرط أن تكون الزوجة صالحة لذلك اهـ. كافي. وأدخل في ذلك ما إذا كانت حرمتها بالرضاع. قوله: (مثلاً) أشار به إلى أن الأخت ليست بقيد بل مثلها كل امرأة لا يحل جمعها معها في عقد كخالتها وعمتها. قوله: (وأربع سواها) أي وكذلك لو كان معه أربعة سواها أو معه حرة وأقر بنكاح الأمة.

قال المصنف في منحه: وقد أخل بهذه القيود صاحب الكنز والوقاية، وكذلك مما لا ينبغي الإخلال به اهـ.

(و) صح (بالمولى) من جهة العتاقة (وإن لم يكن ولاؤه ثابتاً من جهة غيره) أي غير المقر (و) المرأة صح (إقرارها بالوالدين والزوج والمولى) الأصل أن إقرار الإنسان على نفسه حجة لا على غيره.

قلت: وما ذكره من صحة الإقرار بالأم كالأب هو المشهور الذي عليه الجمهور.

وقد ذكر الإمام العتابي في فرائضه: أن الإقرار بالأم لا يصح، وكذا في ضوء السراج لأن النسب للآباء لا للأمهات،

قال العلامة الرملي: أقول: أيتوهم متوهم صحة الإقرار بالزوجة مع وجود زوج وعدته أو أختها أو أربع سواها فلا أدري لهذا مثلاً إلا ما اعترض به بعض جهلة الأروام على قول الكنز في باب الجاري، وهو ما يضحك بتبته حيث قال: الجمل يلعب بأتبان، فتأمل وانصف. قوله: (وصح بالمولى من جهة العتاقة) سواء كان أعلى أو أسفل بأن كان معتقاً أو معتقاً، فإن الإقرار لكل واحد صحيح إذا صدقه المقر له وقوله من جهة العتاقة: أي وكذا من جهة الموالاة إن كان الأول قد عقل عنه. قوله: (إن لم يكن ولاؤه ثابتاً من جهة غيره) قال المصنف في المنح: وهذا قيد لا بد منه، وقد أخل به في الكنز والوقاية أيضاً، لأن موجب إقراره يثبت بينهما بتصادقهما من غير إضرار بأحد فينفذ ا هـ.

قال الخير الرملي أقول: إذا كان ولاؤه ثابتاً من جهة غيره لا يصح إقرار الصحيح به فكيف يصح إقرار المريض به؟ والكلام إنما هو في مسائل يخالف المريض الصحيح فيها فما الحاجة إلى ذكر ما لا حاجة إلى ذكره لعدم خطوره ببال من له بال، وهذا الاستدراك كالذي قبله ففي ذكره خلل لا في تركه، فليتأمل ا هـ. قوله: (أي غير المقر) صوابه «المقر له» وكأنها سقطت من قلم الناسخ، وذلك لأن موجب الإقرار يثبت بتصادقهما، وليس فيه تحميل النسب على الغير.

والحاصل: أن الولاء كالنسب وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الإقرار، فكذا الولاء. قوله: (من صحة الإقرار بالأم) في جانب الرجل والمرأة. قوله: (لأن النسب للآباء لا للأمهات) فيه أنه لا ينكر انتساب الولد إلى أمه، وإنما معناه أنه ينظر في النسب والشهرة للأب.

قال الحموي: وفي حواشي شيخ الإسلام الحفيد على صدر الشريعة: هذا: أي ما ذكر من صحة إقرار الرجل بالولد والوالدين والزوجة والمولى وما ذكر من صحة إقرارها بالوالدين والزوج والمولى موافق لتقرير الهداية والكافي وتحفة الفقهاء، لكنه مخالف لعامة الروايات على ما في النهاية، ولتقرير الخلاصة والمحيط وقاضيخان حيث صرحوا بأنه لا يجوز إقرار الرجل بوارث مع ذي قرابة معروفة إلا بأربعة: الابن والأب والزوجة والمولى،

وفيه حمل الزوجية على الغير فلا يصح اهـ. ولكن ألحق صحته بجامع الأصالة فكانت كالأب، فليحفظ (و) كذا صح (بالولد إن شهدت) امرأة ولو (قابلة) بتعيين الولد، أما النسب فبالفراش. شمني.

ولو معتدة

فيما ورثه الأربعة كالأم مثلاً لا ترث مع الوارث المعروف، أما الإقرار فصحيح في نفسه حتى يقدم المقر له على بيت المال إذا لم يبق وارث معروف. تأمل اهـ ط. قوله: (وفيه حمل الزوجية على الغير) الظاهر تحميل النسب على الغير لا الزوجية على أن المقر يعامل بإقراره من جهة الإرث، وإن كان إقراره لا يسري على الزوج ط. قوله: (ولكن ألحق الخ) الظاهر من نقل الحقيد أنهما قولان. قوله: (بجامع الأصالة) وهو في الأب معلول بأن الانتساب إليه كما قدمه من التعليل على ما فيه، ولا يظهر ذلك في حق الأم، وليست العلة الأصالة وإلا لثبت النسب في الآباء الأعلين، وقد تقدم عن الزيلعي خلافه. قوله: (وكذا صح) أي إقرارها. قوله: (ولو قابلة) أشار به إلى أن القابلة ليست بقيد، ومن قيد به فباعتبار العادة من حضورها وقت الولادة. أفاده الرحمتي. وأفاد بمقابلته بقوله بعده أو صدقها الزوج أن هذا حيث جحد الزوج وادعته منه، وأفاد أنها ذات زوج، بخلاف المعتدة كما صرح به الشارح، أما إذا لم تكن ذات زوج ولا معتدة أو كان لها زوج وادعت أن الولد من غيره فلا حاجة إلى أمر زائد على إقرارها، صرح بذلك كله ابن الكمال وسيأتي، فقد علم أن قوله «إن شهدت الخ» محله عند التجاحد، وأفاد كلامه أنه إذا لم يوجد شرط صحة الإقرار لا يعمل به في حقه أيضاً.

وفي الشلبي عن الإتقاني. ولا يجوز إقرار المرأة بالولد وإن صدقها، ولكنهما يتوارثان إن لم يكن لهما وارث معروف، لأنه اعتبر إقرارها في حقها، ولا يقضى بالنسب، لأنه لا يثبت بدون الحجة وهو شهادة القابلة، فإن شهدت لها امرأة على ذلك وقد صدقها الولد ثبت نسبه منها، وكذلك إذا لم تشهد لها امرأة وقد صدقها زوجها ثبت النسب منهما، لأن النسب يثبت بتصادقهما لأنه لا يتعدى إلى غيرهما، كذا في شرح الكافي اهـ. فليتأمل. وهذا يفيد أن شهادة القابلة مثلاً لثبوت النسب إذا أنكر ولادتها. قوله: (بتعيين الولد) إنما يكون هذا إذا تصادقا على الولادة، واختلفا في التعيين. وعبارة غاية البيان عن شرح الأقطع: فتثبت الولادة بشهادتها، ويلتحق النسب في الفراش اهـ. والظاهر أن ما أفاده الشارح حكمه كذلك. قوله: (بتعيين الولد) وكذا بإثباته لو جحد: أما الثابت بالفراش فبعد اعترافه بالولادة: أي إذا اعترف أنها ولدت ثبت أنه منه لقيام فراشه فإن نفاه لاعن أما لو جحد الولادة أو تعيين الولد فإنه يثبت بشهادة امرأة لأنه مما لا يطلع عليه الرجال عادة، حتى لو شهد به رجل صح كما يفهم هذا كله من باب ثبوت النسب، ولا بد فيه من العدالة كما هو في سائر أنواع الشهادة. قوله: (ولو معتدة الخ)

جحدت ولادتها فبحجة تامة كما مر في باب ثبوت النسب **(أو صدقها الزوج إن كان)** لها زوج **(أو كانت معتدة)** منه **(و)** صح **(مطلقاً إن لم تكن كذلك)** أي مزوجة ولا معتدة **(أو كانت)** مزوجة **(وادعت أنه من غيره)** فصار كما لو ادعاه منها لم يصدق في حقها إلا بتصديقها.

قلت:

إلا معتدة الرجعي إذا جاءت به لأكثر من سنتين فإنه يثبت به الرجعة، فكانت زوجة لا معتدة، فيكتفي في إثباته عند الجحد بشهادة امرأة على ما اختاره في البحر وأقره عليه في النهر والشارح في باب ثبوت النسب. قوله: (جحدت) بالبناء للمجهول أي جحد الزوج، أو ورثته. قوله: **(أو صدقها الزوج إن كان لها زوج)** بيان لمحل اشتراط شهادة المرأة وما عطف عليها. قوله: **(أو كانت معتدة منه)** بأن طلقها أو مات عنها فادعت الولد، فلا بد من تصديق الزوج أو الورثة، فإن كذبت يكفي شهادة القابلة أو امرأة غيرها، هذا ما يفهم من هنا، وبه صرح العيني تبعاً للزيلعي، لكن تقدم في باب ثبوت النسب أن المعتدة إذا جحدت ولادتها لا يثبت نسب ولدها إلا بحجة تامة، ويكتفي بالقابلة عندهما، فلعله جرى هنا على قولهما.

وفي المواهب: لو جحد ولادة معتدته فثبوتها بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو بحبل ظاهر أو اعترافه أو تصديق الورثة، وكتفيا بامرأة ثقة كتعيينه بها اهـ. وهذا كله في عدة البائن. أما معتدة الرجعي فإنه يثبت نسبه، وإن جاءت به لأكثر من سنتين، ويكون رجعة، وحينئذ فتكون زوجة لا معتدة، ويكتفي في إثباته عند الجحد بشهادة امرأة على ما اختاره في البحر كما قدمناه آنفاً.

واعلم أن ما ذكره من الشروط إنما هو لصحة الإقرار بالنسب لئلا يكون تحميلاً على الزوج، فلو فقد شرط صح إقرارها عليها فيرثها الولد وترثه إن صدقها، ولم يكن لهما وارث غيرهما فصار كالإقرار بالأخ، ويفهم هذا مما قدمناه. قوله: **(وصح)** أي إقرارها مطلقاً: أي وإن لم يوجد شهادة ولا تصديق من زوج. قوله: **(ولا معتدة)** لأن فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها فينفذ عليها. قوله: **(وادعت أنه من غيره)** أي فيصح إقرارها في حقها فقط. قوله: **(فصار كما لو ادعاه منها الخ)** لكن يفرق بينها وبين ما قبلها بأن دعوى الزوج لا تتوقف على تصديق المرأة لأنه يتزوج غيرها، ويتسرى بملك اليمين، ولكن لا يلزمها لو ادعى أنه منها إلا بتصديقها، والمرأة لو صح إقرارها بالولد للزم الزوج، لأن الولد للفراش فلا بد من تصديقه أو حجة تقوم عليه، ويكفي الواحدة لأنه مما لا يطلع عليه الرجال، إلا إن قالت هو من غيره فقد نفته عنه فيلزمها ولا يلزمه. قوله: **(قلت)** أقول: غاية ما يلزم على عدم معرفة زوج آخر كونه من الزنا مع أنه ليس

بقي لو لم يعرف لها زوج غيره لم أره، فيحرر.

(ولا بد من تصديق هؤلاء إلا في الولد إذا كان لا يعبر عن نفسه) لما مر أنه حينئذ كالمتاع (ولو كان المقر عبد الغير اشترط تصديق مولاه) لأن الحق له (وصح التصديق) من المقر له (بعد موت المقر) لبقاء النسب والعدة بعد الموت (إلا تصديق الزوج بعد موتها) مقرة لانقطاع النكاح بموته، ولهذا ليس له غسلها، بخلاف عكسه.

بلازم، وبفرض تحقق كونه من الزنا يلزمها أيضاً، لأن ولد الزنا واللعان يرث بجهة الأم فقط، فلا وجه للتوقف في ذلك. أبو السعود. قوله: (بقي لو لم يعرف لها زوج غيره) أي وقد ادعت أنه من غير هذا الزوج، والظاهر ثبوته منها لعدم تحميل نسب على معلوم غيرها. قال الرحمتي: هو داخل تحت قوله «وادعت أنه من غيره» لشموله ما إذا عرف لها زوج غيره أو لم يعرف، إذ يكفي في ذلك الإمكان العقلي كما هو ظاهر إطلاقهم. قوله: (فيحرر) وهو أنه يثبت نسبه من الأم كما علمت، لأن غاية ما يكون كونه من الزنا، وهو يثبت من الأم لا الأب. قوله: (ولا بد من تصديق هؤلاء) يعني الولد والوالدين والزوجة والمولى والزوج؛ لأن إقرار غيرهم لا يلزمهم لأن كلاً منهم في يد نفسه. عيني. قوله: (ولو كان المقر له عبد الغير) أي فادعى أنه ابنه أو أبوه أو أنه زوجها أو كانت أمة فأقر أنها زوجته. قوله: (وصح التصديق من المقر له) بنسب أو زوجية: أي ولو بعد جحود المقر لقول البزازي: أقر أنه تزوج فلانة في صحة أو مرض ثم جحد وصدقته المرأة في حياته أو بعد موته جاز اهـ. قوله: (لبقاء النسب والعدة بعد الموت) بهذا علم أن المراد بموت المقر في جانب الزوجية الزوج، وإذا صح إقراره كان لها الميراث والمهر. أبو السعود: أي ابقاء حكم النكاح وهو العدة. قوله: (إلا تصديق الزوج بعد موتها) أي إنها أقرت بنكاح لرجل وماتت، فصدقها الزوج لم يصح تصديقه عند أبي حنيفة، وعندهما يصح، فعليه مهرها وله الميراث منها لأبي حنيفة أنها لما ماتت زال النكاح بعلائقه، حتى يجوز له أن يتزوج أختها وأربعاً سواها، ولا يحل له أن يغسلها فبطل إقرارها، فلا يصح التصديق بعد بطلان الإقرار. وقول العيني: وكذا إذا أقر الرجل بالزوجية فصدقته المرأة بعد موته عند أبي حنيفة ظاهر في التسوية بين الزوج والزوجة، وليس كذلك، ولهذا تعقبه الشيخ شاهين بأن تصديق الزوجة بعد موت الزوج صحيح بالاتفاق، لأن حكم النكاح باق في حقها وهي العدة فإنها من آثار النكاح، ولهذا جاز لها غسله ميتاً كما في حال الحياة، وإنما الخلاف في تصديق الزوج بعد موتها، فعند أبي حنيفة لا يجوز، وعندهما يجوز. زيلعي. قوله: (بموتها) كذا في نسخة، وهو الصواب موافقاً لما في شرحه على الملتقى. قوله: (بخلاف عكسه) أي فإن النكاح لم ينقطع

(ولو أقر) رجل (بنسب) فيه تحميل (على غيره) لم يقبل من غير ولاد كما في الدرر لفساده بالجد وابن الابن كما قال (كالأخ والعم والجد وابن الابن لا يصح) الإقرار (في حق غيره) إلا ببرهان، ومنه إقرار اثنين

بعلامة. قوله: (ولو أقر رجل) مثله المرأة. قوله: (كما في الدرر) عبارته: أقر بنسب من غير ولاد كأخ وعم لا يثبت: أي النسب ولا يقبل إقراره في حقه، لأن فيه تحميل النسب على الغير، فإن ادعى نفقة أو حضانة يقبل في حقهما، ويورث إلا مع وارث وإن بعد: يعني إذا كان للمقر وارث معروف قريب أو بعيد فهو أحق بالإرث من المقر له، حتى لو أقر بأخ وله عمة أو خالة فالإرث للعمة والخالة، لأن نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف اهـ. قوله: (لفساده بالجد وابن الابن) فإنهما في حكم غيرهما مما فيه تحميل على الغير، إلا أن يخص كلام الدرر بالأب والابن، لأنه أراد به الولاد لأصلي أو الفرعي بلا واسطة، وهو الكامل، فيشمل الغير ابن الابن والجد كما صرح بهما في الكافي: أراد بابن الابن فرع الولد وبالجد أصل الأبوين، ومثل هذا الإجمال غير قليل في المتون فلا يعد غلطاً كما لا يخفى. لا يقال: إن صاحب الدرر قال: وإن أقر بنسب من غير ولاد لا يصح وهو غير شامل لمن إذا ادعى أنه جده ثم ابن ابنه مع أنه لا يصح أيضاً لما فيه من تحميل النسب على الغير، وقوله هنا وإن أقر بنسب فيه تحميل الخ شامل لذلك، فكان أولى لحمل كلامه على ما قلنا. تأمل.

أقول: ولا تنس ما تقدم من صحته عن البرهان ومن تنظير المقدسي له؛ وقول صاحب الدرر أيضاً: ويرث إلا مع وارث وإن بعد أطلقه، فشمل الزوج والزوجة وهذا مستقيم على قول بعض مشايخنا أنه يرد عليهما أيضاً في زماننا كما في القنية. والأصح أن ليس لهما الرد فيرث المقر له معهما كما في البرجندي؛ وأراد بالقريب صاحب فرض وعصبة ولو مولى العتاقة؛ وبالبعيد من كان من ذوي الأرحام ومولى الموالاة، ولا يكون له الثلث بالوصية، لأنه ما أوجبه وصية وإنما أوجبه إرثاً كما في الكافي وغيره، وأنت خبير بأن هذا لم يخالف ما سبق عن القنية. تدبر. قوله: (وابن الابن) أي إذا كان في حياة ابنه، لأن فيه حمل النسب على الغير كما قيده الحموي.

قال العلامة أبو السعود: وعلم أن الإقرار بابن الابن ذكره في التنوير وشرحه مطلقاً، لكن ذكره الحموي بخطه مقيداً بما إذا أقر به في حياة ابنه معللاً بأن فيه حمل النسب على الغير اهـ. فليحفظ. قوله: (إلا ببرهان) يعم ما إذا أقامه المقر أو المقر له على المقر عليه، وهو من حمل عليه النسب. قوله: (ومنه إقرار اثنين) أي من ورثة المقر عليه فيتعدى الحكم إلى غيرهما، وإنما قيد باثنين لأن المقر لو كان واحداً اقتصر حكم إقراره عليه، أما إقرار ورثة المقر له لا يثبت النسب فإنه كتصديقه، وأطلق في الاثنين فشمل

كما مر في باب ثبوت النسب فليحفظ. وكذا لو صدقه المقر عليه أو الورثة، وهم من أهل التصديق (ويصح في حق نفسه حتى تلزمه) أي المقر (الأحكام من النفقة والحضانة والإرث إذا تصادقا عليه) أي على ذلك الإقرار، لأن إقرارهما حجة عليهما (فإن لم يكن له) أي لهذا المقر (وارث غيره مطلقاً) لا قريباً كذوي الأرحام،

الرجل والمرأتين. قال في البدائع: إن الوارث لو كان كثيراً فأقر واحد منهم بأخ آخر ونحوه لا يثبت نسبه ولا يرث معهم، ولو أقر منهم رجلان أو رجل وامرأتان يثبت نسبه بالاتفاق، ولو كان الوارث واحداً فأقر به يثبت به عند أبي يوسف، خلافاً لأبي حنيفة ومحمد، وبقول أبي يوسف أخذ الكرخي اهـ. وظاهر إطلاق المتون على ترجيح قولهما كما لا يخفى. قوله: (كما مر في باب ثبوت النسب) حيث قال «أو تصديق بعض الورثة» فيثبت في حق المقرين، وإنما يثبت النسب في حق غيرهم، حتى الناس كافة إن تم نصاب الشهادة بهم: أي بالمقرين، وإلا يتم نصابها لا يشارك المكذبين لأنها لا تكون شهادة حينئذ حتى تتعدى، بل يكون مجرد إقرار وهو قاصر على المقر فقط، بل لا بد من الشهادة ونصابها حتى تكون حجة تتعدى على غيرها. قوله: (وكذا لو صدقه المقر عليه) هو من حمل عليه النسب. قوله: (أو الورثة) يغني عنه قوله «ومنه إقرار اثنين» لكن كلامه هنا في تصديق المقر وهناك في نفس الإقرار، وإن كان في المعنى سواء لكن بينهما فرق، وهو أن التصديق بعد العلم بإقرار الأول كقوله نعم أو صدق، والإقرار لا يلزم منه العلم تأمل. قال: ويمكن التفرقة بينهما بأن صورة الأولى: أقر اثنان من ورثة المقر عليه فيه يثبت النسب، وصورة الثانية: أقر المقر وصدقه اثنان من ورثة المقر عليه. قوله: (وهم من أهل التصديق) بأن يكونوا بالغين عاقلين، وتم نصاب الشهادة كما يأتي قريباً ما يفيده، لكن هذا بالنظر لثبوت النسب، أما بالنظر لاستحقاق الإرث فيستحقه ولو المصدق امرأة واحدة كانت هي الوارثة فقط مع المقر. ط. قوله: (حتى تلزمه) برفع تلزم لأن حتى للتفريع لا للغاية. قوله: (من النفقة) أي إذا كان ذا رحم محرم من المقر. قوله: (والحضانة) فيه أنه يشترط في لزوم هذه الأحكام تصديق المقر له، وهو لا يكون محضوناً فيراد بالحضانة الضم إليه فيما إذا كان المقر له بنتاً بالغة يخشى عليها، ولا يقال: تظهر في فرع المقر له إذا مات عنه.

قلت: الظاهر أن الحضانة كالإرث لا تظهر في غير المقر له، أفاده العلامة الطحطاوي. قوله: (والإرث) أي في حقهما فقط بحيث لا يمنعان بإقرارهما وارثاً آخر كما سيأتي. قوله: (كذوي الأرحام) قد علمت مما قدمناه عن الكافي تفسير القريب والبعيد.

قال في الشرنبلالية ناقلاً عن العناية مفسراً للقريب بذوي الفروض، والعصبات

ولا بعيداً كمولى الموالاة. عيني وغيره (ورثه وإلا لا) لأن نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف، والمراد غير الزوجين لأن وجودهما غير مانع. قاله ابن الكمال. ثم للمقر أن يرجع عن إقراره لأنه وصية من وجه. زيلعي: أي وإن صدقه المقر

والبعيد بذوي الأرحام بعد ذكر ما مشى عليه الشارح، والأول أوجه، لأن مولى الموالاة إرثه بعد ذوي الأرحام مقدماً على المقر له بنسب الغير اهـ. فتنبه. قوله: (ورثه) أي المقر له ويكون مقتصراً عليه، ولا يتعدى إلى فرع المقر له ولا إلى أصله لأنه بمنزلة الوصية. أبو السعود عن جامع الفصولين. قوله: (لأن نسبه لم يثبت) قال في المنح: وهذا لأنه أقر بشيئين: بالنسب، وباستحقاق ماله بعده، وهو في النسب مقر على غيره فيرد وفي استحقاق ماله مقر على نفسه، فيقبل عند عدم المزاحم، لأن ولاية التصرف في ماله عند عدم الوارث له فيضعه حيث شاء، حتى كان له أن يوصي بجميع المال فلهذا كان له أن يجعله لهذا المقر له. والظاهر أن المقر يرث المقر له، لأنه صدقه وهو إقرار؛ ولكنه يتأخر عن الوارث المعلوم. قوله: (فلا يزاحم الوارث المعروف) قريباً أو بعيداً فهو أحق بالإرث من المقر له، حتى لو أقر بأخ وله عمة أو خالة فالإرث للعمة أو للخالة لأن نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف. قوله: (والمراد غير الزوجين) أي بالوارث الذي يمنع المقر له من الإرث لأنه وصية من وجه، لأن نسبه لم يثبت فثبت حق الرجوع ووارث من وجه، حتى لو أوصى لغيره بأكثر من الثلث لا ينفذ إلا بإجازة المقر له ما دام المقر مصراً على إقراره لأنه وارث حقيقة كما في الزيلعي، وفيه إشارة إلى أن المقر بنحو الولد والوالدين ليس له الرجوع عنه، وبذلك صرح في الاختيار. قوله: (أي وإن صدقه المقر له) صوابه: المقر عليه كما عبر به فيما مر، ويدل عليه قطعاً كلام المنح حيث قال: قوله: أي الزيلعي: للمقر أن يرجع عنه عنه ما إذا لم يصدق المقر له على إقراره، أو لم يقر بمثل إقراره الخ، وعزاه لبعض شروح السراجية فقوله أو لم يقر لا شك أن الضمير فيه للمقر عليه لا للمقر له. فعلم أن قوله المقر له صوابه المقر عليه كما عبر به صاحب المنح في كتاب الفرائض، ويدل عليه قوله الآتي فإن بالتصديق يثبت النسب ولا يكون ذلك إلا من المقر عليه.

قال في روح الشروح على السراجية: واعلم أنه إن شهد مع المقر رجل آخر أو صدقه المقر عليه أو الورثة وهم من أهل الإقرار، فلا يشترط الإصرار على الإقرار إلى الموت، ولا ينفع الرجوع لثبوت النسب حينئذ اهـ.

وفي شرح فرائض الملتقى للطرابلسي: وصح رجوعه لأنه وصية معنى ولا شيء للمقر له من تركته. قال في شرح السراجية المسمى بالمنهاج: وهذا إذا لم يصدق المقر عليه إقراره قبل رجوعه أو لم يقر بمثل إقراره، أما إذا صدق إقراره قبل رجوعه أو أقر بمثل

كما في البدائع، لكن نقل المصنف عن شروح السراجية أن بالتصديق يثبت النسب فلا ينفع الرجوع فليحرر عند الفتوى

إقراره، فلا ينفع المقر رجوعه عن إقراره، لأن نسب المقر له قد ثبت من المقر عليه اهـ. فهذا كلام شراح السراجية، فالصواب التعبير بعليه كما عبر به في المنح في كتاب الفرائض، وإن كانت عبارتها هنا كعبارة الشارح وعبارة الشارح في الفرائض غير محررة. تنبه.

أقول: لكن قد يقال: إن هذا التصويب غير صحيح، وإنما الخطأ في الاستدراك بعده، لأن الإقرار هنا من المقر له وهناك من المقر عليه فالاستدراك به غلط. تأمل. قوله: (لكن الخ) استدراك عن الزيلعي والبدائع، ولا شك أن الزيلعي وصاحب البدائع أولى بالاعتماد من شروح السراجية، مع أن الوجه ظاهر معهما لأنه جعله وصية من وجه فباعتباره يصح الرجوع، والوصية يصح الرجوع عنها، سواء قبل الموصى له أم لا، وما في الزيلعي والبدائع موافق لما في الكتب، وعبارة الهداية: حتى لو أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر وراثته ثم أوصى بماله كله لإنسان كان ماله للموصى له، ولو لم يوص لأحد كان لبيت المال، لأن رجوعه صحيح لأن النسب لم يثبت فبطل الإقرار اهـ. وأقره الشراح. وقد صرح بأنه بعد تصديق المقر له لم يصح رجوعه، ونقله المصنف مراد به بعد تصديق المقر عليه، وهو الأب مثلاً فيما إذا أقر بأخ.

وقال في الدر المنتقى: وعندي في ثبوته بمجرد تصادقهما تردد، ولعل مراد بعض شراحها بالتصديق تصديق أخ آخر كما مر فتدبر اهـ. وذكر بعده فرعاً آخر: لو أقر الأخ بابن هل يصح؟ قال الشافعية لا لأن ما دعا وجوده إلى نفيه انتفى من أصله، ولم أره لأئمتنا صريحاً وظاهر كلامهم نعم، فليراجع اهـ.

وتوضيحه: أن أخا الميت لو أقر أن للميت ابناً، قالت الشافعية: لا يصح إقراره، لأنه لو صح لبطل كونه وارثاً، وإذا بطل كونه وارثاً لم يصح إقراره، وظاهر كلام أئمتنا أنه أقر بسقوط حق في الميراث، وأن المستحق له من أقر ببنوته للميت فينفذ عليه.

قال في غاية البيان: وينبغي لك أن تعرف أن الرجوع عن الإقرار بالنسب إنما يصح إذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه، لأن النسب لم يثبت لكونه تحميلاً على الغير وليس له ذلك، فإذا ثبت النسب فلا يصح الرجوع بعد ذلك، لأن النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته اهـ. وإنما يثبت النسب بتصديق المقر عليه وهو الأب فيما إذا أقر بأخ لا بتصديق الأخ المقر له، والله تعالى أعلم. قوله: (فليحرر عند الفتوى) تحريره أنه لو صدقه المقر له فله الرجوع، لأنه لم يثبت النسب وهو ما في البدائع، ولو صدقه المقر عليه لا يصح رجوعه، لأنه بعد ثبوته وهو ما في شروح السراجية. نعم فشا الاشتباه تعريف

(ومن مات أبوه فأقر بأخ شاركه في الإرث) فيستحق نصف المقر (ولم يثبت نسبه) لما تقرر أن إقراره مقبول في حق نفسه فقط.

الجملة فالموضوع مختلف، ولا يخفى أن هذا كله في غير الإقرار بنحو الولد. أفاده سيدي الوالد رحمه الله تعالى.

أقول: ويقال أيضاً في تحريره أن الإقرار بالنسب إن لم يكن فيه تحميل على الغير ووجد التصديق لا يصح الرجوع فيه، وإن كان فيه تحميل على الغير وصدقه المقر عليه فله الرجوع، فالكلام في مقامين، وهذا حيث لم يكن الإقرار بنحو الولد كما علمت، فتأمل[1]. قوله: (ومن مات أبوه الخ) هذه المسألة بعينها فهمت مما تقدم فتقع مكررة، إلا أن يقال: إن المقر في المسألة السابقة مورث وهنا وارث، وإن كانتا سواء في عدم ثبوت النسب كما في أبي السعود عن العيني.

قال في البدائع: إذا أقر وارث واحد بوارث كمن ترك ابناً فأقر بأخ لا يثبت نسبه عندهما.

وقال أبو يوسف: يثبت وبه أخذ الكرخي، لأنه لما قبل في الميراث قبل في النسب وإن كان أكثر من واحد بأن كانا رجلين أو رجلاً وامرأتين فصاعداً يثبت النسب بإقرارهم بالإجماع لكمال النصاب، ويستحق حظه من نصيب المقر اهـ. حموي. قوله: (فأقر بأخ) وإن كان للمقر له أولاد فلا يشترط في المقر أن يكون وارثاً للمقر له، بل ولو في الجملة ط. قوله: (فيستحق نصف نصيب المقر) ولو معه وارث آخر شرح الملتقى وبيانه في الزيلعي قوله: (لما تقرر أن إقراره مقبول في حق نفسه فقط) فصار كالمشتري إذا أقر أن البائع كان أعتق العبد المبيع يقبل إقراره في العتق، ولم يقبل في الرجوع بالثمن بيانه.

وفي الزيلعي: فإذا قبل إقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر مطلقاً عندنا، وعند مالك وابن أبي ليلى: يجعل إقراره شائعاً في التركة فيعطى المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك، حتى لو كان الشخص مات أبوه الخ معروف فأقر بأخ آخر، فكذبه أخوه المعروف فيه أعطى المقر نصف ما في يده. وعندهما: يعني عند مالك وابن أبي ليلى ثلث ما في يده؛ لأن المقر قد أقر له بثلث شائع في النصفين فنفذ إقراره في حصته، وبطل ما

---

(1) (أقول: فالذي تحرر من كلامهم أنه متى أثبت بشاهدين إقرار الميت بالبنوة أو الأبوة صح، لا بالأخوة ونحوها إلا أن يبرهن على تصديق المقر عليه أو على أب المقر له. والورثة لو شهدوا على نحو إقرار الميت. واعلم أن إثبات الأخوة لا بد من تفسيرها في الدعوى والشهادة. هل هي لأب مع أم أو لأب فقط أو لأم فقط؟ وكذا كل قرابة. وفي البزازية: إن لم يدع مالاً وادعى الأخوة المجردة لا يقبل؛ لأن هذا في الحقيقة إثبات البنوة على أبي المدعى عليه والخصم فيه هو الأب لا الأخ. وفي الزيلعي: ولو أقر ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن وبنت يقسم نصيب المقرين أخماساً. ونظر فيه بأن المصادق لاثنين واقتسام لهما ما ثبت لنفسه لاحتياجه إلى امرأة أخرى؟ فكيف بمن صادق واحد فقط؟!.

قلت: بقي لو أقرّ الأخ بابن هل يصح؟ قال الشافعية: لا لأن ما أدى

كان في حصة أخيه، فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر في نصيب أخيه بطل إقراره فيه لما ذكرنا، ونحن نقول: إنه في زعم المقر أنه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم بإنكاره، فيجعل ما في يد المنكر كالهالك، فيكون الباقي بينهما بالسوية، ولو أقر بأخت تأخذ ثلث ما في يده، وعندهما خمسه، ولو أقر ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن وبنت يقسم نصيب المقرين أخماساً، وعندهما أربعاً والتخريج ظاهر، ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما في يده، ولو أقر بجدة هي أم الميت أخذت سدس ما في يده فيعامل فيما في يده كما يعامل لو ثبت ما أقر به اهـ. وتمامه فيه. قوله: (بابن) أي من أخيه الميت. قوله: (لأن ما أدى الخ) أي لأن ما أدى صحة وجوده وهو الإقرار إلى نفيه النفي، وهنا لو صح إقراره بابن الأخ تبين أنه ليس بوارث ولذا لم يكن وارثاً لا يصح إقراره، فأدى وجود هذا الإقرار إلى نفيه، فينتفي من أصله: يعني لا يصح.

والحاصل: أن الأخ بإقراره بالابن يصير مقراً على نفسه فيحرم من الميراث بسبب الابن، وإذا خرج من الميراث صار أجنبياً، فإقراره غير صحيح، ولم يكن مقراً على نفسه فلا يرث الابن فيعود الميراث له، وهكذا فيلزم الدور الحكمي الذي عند الشافعية من موانع الإرث لأنه يلزم من التوريث عدمه، فقد أدى وجود الإقرار إلى عدمه بيانه كما في شرح البولاقي على شرح الشنشوري: أنه إذا أقر أخ حائز بابن للميت يثبت نسبه ولا يرث، لأنه لو ورث لحجب الأخ، فلا يكون الأخ وارثاً حائزاً فلا يقبل إقراره بالابن فلا يثبت نسبه فلا يرث؛ لأن إثبات الإرث يؤدي إلى نفيه، وما أدى إثباته إلى نفيه انتفى من أصله، وهذا هو الصحيح من مذهبهم. ويجب على المقر باطناً أن يدفع له التركة إن كان صادقاً في إقراره، لأنه يعلم استحقاقه المال، والقول الثاني للشافعي: أنه يثبت نسبه ويرث، وبه قال أحمد، ونقل عن أبي حنيفة. وقيل لا يثبت ولا يرث، وبه قال داود. وقال أبو يوسف: لا يثبت نسبه إلا بإقرار اثنين من الورثة. وعند مالك: يرث المقر له ولا يثبت نسبه إلا إذا أقر به عدلان من الورثة أو أقر به عدل وصدقه عدل آخر من الورثة، هذا غاية ما رأيته.

ثم رأيت بعض الأفاضل أوضح المقام. بقوله: بيان الملازمة أن الإقرار لا يصح إلا من وارث، وإذا صح هذا الإقرار صار هذا الأخ مع وجود الابن غير وارث، وإذا صار غير وارث لم يصح الإقرار بالبنوة فلم تحصل فائدة، فصار هذا الإقرار عبثاً.

ولنا أنه أقر بشيئين المال والنسب على الغير. ومن المعلوم أن إقرار الشخص يسري عن نفسه، والمال ملك نفسه فينفذ فيه، ويلزمه دفعه له. وأما تحميل النسب على غيره فلا يملكه، فلا ينفذ فيه إقراره، على أن النسب يثبت في حق المقر مؤاخذة له بزعمه، حتى لو

وجوده إلى نفيه انتفى من أصله ولم أره لأئمتنا صريحاً، وظاهر كلامهم نعم، فليراجع.

(وإن ترك) شخص **(ابنين وله على آخر مائة فأقر أحدهما بقبض أبيه خمسين منها فلا شيء للمقر)** لأن إقراره ينصرف إلى نصيبه **(وللآخر خمسون)**

مات المقر لا عن وارث فإرثه لهذا المقر له لا لبيت المال. هذا ما أفاده المتن قريباً.

فلهذا قال الشارح: وظاهر كلامهم نعم. والأولى أن يجزم لأن الإطلاق السابق يعمل به حتى يوجد ما يخصصه، والمطلق السابق هو قوله وإن أقر بنسب على غيره إلى قوله ويصح في حق نفسه، ونظيره لو أقر بعبد فاكتسب ثم مات ثم صدقه المقر له يلزمه دفع الأكساب له، مع أن الإقرار بالعبد نفسه بطل بالموت، وكذا لو اقر المشتري بأن البائع أعتق العبد ينفذ في حق نفسه. قوله: **(وظاهر كلامهم نعم فليراجع)** أي يصح الإقرار، لأن مقتضى ما ذكروه هنا أن المقر إذا ثبت بإقراره بنصاب الشهادة يثبت النسب وإن كان النصاب من الورثة، وإلا فيعمل بالإقرار في حق نفسه وإن لم يثبت النسب، وهنا أقر بنسب على الغير فلا يقبل، واقر بالمال الذي يستحقه ظاهراً إنما هو للمقر له فيكون إقراره به على نفسه فيقبل. ويكفي في إقراره كونه وارثاً ظاهراً، وإن تبين بإقراره أنه ليس بوارث لكن تقدم في الشهادات أنه تقبل شهادة العتيق على معتقه إلا في مسألة وهي: رجل مات عن عم وبنت وأمتين وعبدين فأعتق العم العبدين فشهدا أن الثانية أخت الميت قبل الأولى: أي قبل الشهادة بالبنتية أو بعدها أو معها لا تقبل بالإجماع، لأنا لو قبلناها لصارت عصبة مع البنت، فيخرج العم عن الوراثة فيبطل العتق اهـ.

والحاصل: أن ظاهر كلامهم صحة إقرار هذا الأخ بالابن وثبت نسبه في حق نفسه فقط، فيرث الابن دونه لما قالوا: إن الإقرار بنسب على غيره يصح في حق نفسه، حتى تلزمه الأحكام من النفقة والحضانة لا في حق غيره. وقد رأيت المسألة منقولة ولله الحمد والمنة في فتاوى العلامة قاسم بن قطلوبغا الحنفي.

ونصه: قال محمد في الأصل: ولو كانت للرجل عمة أو مولى نعمة فأقرت العمة أو مولى النعمة بأخ للميت أبيه أو أمه أو بعم أو بابن عم أخذ المقر له الميراث كله، لأن الوارث المعروف أقر بأنه مقدم عليه في استحقاق ماله وإقراره حجة على نفسه اهـ. هذا كلامه.

ثم قال: فلما لم يكن في هذا دور عندنا لم يذكر في الوقائع وذكر في بابه اهـ. وهذا مؤيد لما قدمناه قريباً عن بعض الأفاضل أيضاً فاغتنمه. قوله: **(فلا شيء للمقر)** سبق قبل الاستثناء أن مختار أبي الليث أنه لا يلزمه قدر حصته، وكان وضع هذا الفرع هناك أولى؛ لأن النظير تقضي بأمثالها قوله: **(لأن إقراره ينصرف إلى نصيبه)** وذلك لأن المائة

بعد حلفه أنه لا يعلم أن أباه قبض شطر المائة. قاله الأكمل.

قلت: وكذا الحكم لو أقر أن أباه قبض كل الدين لكنه هنا يحلف لحق الغريم. زيلعي.

صارت ميراثاً بينهما، فلما أقر أحدهما باقتضاء أبيه ذلك صح في نصيبه خاصة لا في نصيب أخيه، فبقيت حصة الآخر كما كانت، فيجعل كأن المقر استوفى نصيبه، ولأن الديون تقضى بأمثالها. وقد أقر المقر أن أباه أخذ خمسين فوجبت، ثم تلتقي قصاصاً على المديون فقد أقر بدين على الميت هو لا ينفذ في حق الوارث الآخر، وينفذ في حقه خاصة، والدين مقدم على الميراث فاستغرق نصيبه فلا يأخذ منه شيئاً، كما إذا أقر عليه بدين آخر فيلزم المقر كما مر قبيل باب الاستثناء، ولا يجري في هذه المسألة الخلاف السابق كما لا يخفى على الحاذق. قوله: (بعد حلفه) أي حلف المنكر لأجل الأخ لأجل الغريم؛ لأنه لا ضرر على الغريم، فلا ينافي ما يأتي، ولو نكل شاركه المقر في الخمسين. قوله: (لكنه الخ) الاستدراك يقتضي أن لا يحلف في الأول، وبه صرح الزيلعي. وهو مخالف لما قدمه عن الأكمل ومر جوابه. قوله: (يحلف) أي المنكر بالله لم يعلم أنه قبض الدين، فإن نكل برئت ذمة المدين، وإن حلف دفع إليه نصيبه، بخلاف المسألة الأولى حيث لا يحلف لحق الغريم، لأن حقه كله حصل له من جهة المقر فلا حاجة إلى تحليفه، وهنا لم يحصل إلا النصف فيحلفه. زيلعي. وقد وفق أبو السعود بين العبارتين كما ذكرنا، وحينئذ اندفع ما أبداه الحلبي من التنافي وحينئذ، فقوله حيث لا يحلف مخالف لما قاله الأكمل في المسألة الأولى يحلف الأخ بالله الخ. ولعل الذي نفاه الزيلعي الحلف لحق الغريم، والذي قاله الأكمل لحق أخيه المقر، لأن كل من إذا أقر بشيء لزمه يحلف عند إنكاره ليقضي عليه بالنكول. تأمل.

وفي الدر المنتقى: لو مات عن ابنين وكان لأبيهما الميت دين على شخص فأقر أحدهما بقبض أخيه نصفه صح في حصته، وحينئذ فالنصف الباقي للآخر بعد حلفه.

قلت: وكذا الحكم لو أقر بقبض كله لكن هنا يحلف لحق الغريم. ذكره الزيلعي وغيره اهـ.

والحاصل: أن في المسألة الأولى لا يحلف لحق الغريم؛ لأن حقه كله حصل له من جهة المقر فلا حاجة إلى تحليفه، بخلاف المسألة الثانية فإنه يحلف المنكر بالله ما تعلم أنه قبض الدين، فإن نكل برئت ذمته، وإن حلف دفع إليه نصيبه، والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم.

فصلٌ في مَسَائِل شَتّى

(أقرت الحرة المكلفة بدين) لآخر (فكذبها زوجها صح) إقرارها (في حقه أيضاً) عند أبي حنيفة **(فتحبس)** للمقرّ **(وتلازم)** وإن تضرر الزوج، وهذه إحدى المسائل الست الخارجة من قاعدة الإقرار حجة قاصرة على المقر، ولا يتعدى إلى

فصلٌ في مَسَائِل شَتّى

قال عزمي زاده: أفرز صاحب التسهيل ها هنا مسائل مهمة وأدرجها تحت زيادة عن سائر المتون، واقتفى صاحب الدرر أثره، وانتخب المسائل المذكورة فيه من الكافي اهـ. والشارح رحمه الله تعالى جمع بين ما أتى به في التسهيل وبين ما جرت به عادة المتون من ذكر مسائل شتى، فترجم بها، وفيه ظرفية الشيء في نفسه، لأن الفصل هو المسائل، إلا أن يقال: الفصل مراد به الألفاظ مراد بها المعاني فيكون من ظرفية الدال في المدلول. قوله: **(المكلفة)** أي العاقلة البالغة: أي وهي حرة أو مأذونة ط. قوله: **(فكذبها زوجها)** أما إذا صدقها فيظهر في حقه اتفاقاً. قوله: **(أيضاً)** أي كما يصح في حقها وتركه لظهوره. قوله: **(ولا يتعدى إلى غيره)** لأن كونه حجة إنما هو في زعم المقر وزعمه ليس حجة على غيره، ولهذا لا يظهر في حق الولد والثمرة [. . .]، بخلاف البينة فإنها حجة في حق الكل؛ لأن حجيتها بالقضاء وهو عام. حموي. قوله: **(وهذه إحدى المسائل الست)** الثانية: لو أقر المؤجر بدين لا وفاء له إلا من ثمن العين المؤجرة فللدائن بيعها، وإن تضرر المستأجر قال الشيخ صالح في هذا: إشارة إلى أن رب الدين إذا أراد حبس المديون وهو في إجارة الغير يحبس، وإن بطل حق المستأجر فيه تحقيقاً، فوافق بحث المؤلف الآتي.

الثالثة: لو أقرت مجهولة النسب بأنها بنت أبي زوجها وصدقها الأب تفسخ النكاح بينهما، ومثل الأب الجد، بخلاف ما إذا أقرت بالردة، ولو طلقها ثنتين بعد الإقرار بالرق لم يملك الرجعة.

الرابعة: إذا ادعى ولد الأمة المبيعة وللمدعي عن أخ ثبت نسبه وتعدى إلى حرمان الأخ من الميراث.

الخامسة: المكاتب إذا ادعى نسب ولد حرة في حياة أخيه صحت، وميراثه لولده دون أخيه.

السادسة: باع المبيع ثم أقر أن البيع كان تلجئة وصدقه المشتري، فله الرد على بائعه بالعيب. كذا في الجامع. قال الحموي: قوله لو أقر المؤجر الخ، قال بعض الفضلاء: يؤخذ من هذا جواب حادثة لم أجد فيها نقلاً، وهو أن رب الدين إذا أراد حبس المديون وهو في إجارة الغير هل يحبس وإن بطل حق المستأجر؟ فهذا يشير إلى أنه يحبس وإن بطل حق المستأجر. قوله: لو أقرت مجهول النسب الخ.

غيره وهي في الأشباه. وينبغي أن يخرج أيضاً من كان في إجارة غيره فأقر لآخر بدين فإن له حبسه وإن تضرر المستأجر، وهي واقعة الفتوى ولم نرها صريحة (وعندهما لا) تصدق في حق الزوج فلا تحبس ولا تلازم. درر.

قلت: وينبغي أن يعول على قولهما إفتاء وقضاء، لأن الغالب أن الأب يعلمها الإقرار له أو لبعض أقاربها ليتوصل بذلك إلى منعها بالحبس عنده عن زوجها كما وقفت عليه مراراً حين ابتليت بالقضاء. كذا ذكره المصنف.

(مجهولة النسب أقرت بالرق لإنسان) وصدقها المقر له (ولها زوج وأولاد منه) أي الزوج (وكذبها) زوجها (صح في حقها خاصة)

وقعت حادثة بالقاهرة: وهي أن شخصاً أقر في مرض موته بأن فلاناً أخي وشقيقي، ولهذا المقر أخت شقيقة والمقر له غير أب المقر، وكل منهما حر الأصل من الأب وصدقت على إقرار أخيها حتى لا يشاركها بيت المال، وهي شافعية المذهب، وثبت الإقرار بين يدي قاض حنفي، وحكم بصحة قاض شافعي، فنازع صاحب بيت المال المقر له، ودار سؤالهم بين العلماء، فمنهم من أجاب بصحة الإقرار وهم الأكثر، ومنهم من أجاب ببطلانه، ومنهم علامة الورى الشمس الرملي معللاً بأنه محال شرعي، إذ يستحيل أن يكون لواحد أبوان. وقال بعض الفضلاء من الحنفية: مقتضى مذهبنا بطلان الإقرار في خصوص هذه المسألة. وإلا فلا يستحيل شرعاً أن يكون للواحد أبوان أو ثلاثة إلى خمسة، كما في ولد الجارية المشتركة إذا ادعاه الشركاء، بل قد يثبت نسب الواحد الحر الأصل من الطرفين، كما في اللقيط إذا ادعاه رجلان حران كل واحد منهما من امرأة حرة كما في التاترخانية اهـ. قوله: (ولم نرها صريحة) هذا البحث لصاحب المنح، ومثله في حاشية الأشباه للحموي كما قدمناه قريباً. قوله: (وعندهما لا) لما لم يقف على من يرجح قول الإمام على قولهما صرح بذكر قولهما في المتن، فإن عادته كعادة أرباب المتون المألوفة التصريح بقولهما أيضاً عند رجحان قولهما على قوله، وكذا عند التساوي بينهما كما في المولى عبد الحليم، ولكن يأتي تصحيح قول الإمام. قوله: (فلا تحبس ولا تلازم) لأن فيه منع الزوج عن مقصوده وإقرارها فيما يرجع إلى بطلان حق الزوج لا يصح اهـ. درر. والظاهر أنه على قولهما يأمرها القاضي بالدفع ويبيع عليها ما يباع في الدين ط. قوله: (إفتاء وقضاء) منصوبين على الحال. قوله: (لأن الغالب الخ) فيه نظر، إذ العلة خاصة والمدعي عام، لأنه لا يظهر فيما إذا كان الإقرار لأجنبي، وقوله ليتوصل بذلك إلى منعها بالحبس عنده لا يظهر أيضاً، إذ تحبس عند القاضي لا عند الأب، فإذا المعول عليه قول الإمام اهـ. إذ لم يستند في هذا التصحيح لأحد من أئمة الترجيح ط. لكن قوله إذ الحبس عند القاضي مخالف لما مر في بابه أن الخيار فيه للمدعي. قوله: (في حقها خاصة)

فولد علق بعد الإقرار رقيق خلافاً لمحمد (لا في حقه) يرد عليه انتقاص طلاقها كما حققه في الشرنبلالية (وحق الأولاد).

وفرع على حقه بقوله: فلا يبطل النكاح) وعلى حق الأولاد. بقوله: (وأولاد

أي في بعض الأحكام، فإنه يظهر في حق الزوج في المستقبل، حتى لو جاءت بولد بعده يكون ملكاً للمقر له، ويملك عليها الزوج طلقتين فقط، وقد كان يملك عليها ثلاثاً. وهذا عند أبي يوسف في حق الأولاد وإجماعاً في الطلاق والعدة، فإن طلاقها اثنتان وعدتها حيضتان، وقد كان يملك عليها ثلاثاً وتعتد بثلاث حيض، والعدة حق الزوج وحق الشرع، فقد ظهر إقرارها في حق غيره كما نقله الشرنبلالي عن المحيط عن المبسوط. قوله: (فولد) التفريع غير ظاهر، ولعله فيما بعده والظاهر أن يقال: فتكون رقيقة له كما في العزمية، ويأتي قريباً. قوله: (رقيق) عند أبي يوسف: لأنه حكم برقيتها وولد الرقيقة رقيق. درر. قوله: (خلافاً لمحمد) هو يقول: تزوجها بشرط حرية أولاده منها فلا تصدق في إبطال هذا الحق اهـ. منح: أي فيكون أولادها بعد الإقرار أحراراً، وهذا ليس على إطلاقه لما في الأشباه: مجهول النسب إذا أقر بالرق لإنسان وصدقه المقر له صح وصار عبداً، وهذا إذا كان قبل تأكد الحرية بالقضاء، أما بعد قضاء القاضي عليه بحد كامل أو بالقصاص في الأطراف لا يصح إقراره بالرق بعد ذلك اهـ. قوله: (يرد عليه) أي على عدم صحة إقرارها في حقه. قوله: (انتقاص طلاقها) وكذا عدتها كما علمت. قوله: (كما حققه في الشرنبلالية) حيث قال: ويرد على كون إقرارها غير صحيح في حقه انتقاص طلاقها، لأنه نقل في المحيط عن المبسوط: أن طلاقها ثنتان وعدتها حيضتان بالإجماع، لأنها صارت أمة، وهذا حكم يخصها.

ثم نقل عن الزيادات: ولو طلقها الزوج تطليقتين وهو لا يعلم بإقرارها ملك عليها الرجعة، ولو علم لا يملك، وذكر في الجامع: لا يملك علم أو لم يعلم. قيل ما ذكره في الزيادات قياس، وما ذكره في الجامع استحسان.

وفي الكافي: آلى وأقرت قبل شهرين فمدتهما مدته، وإن أقرت بعد مضي شهرين فأربعة، والأصل أنه متى أمكن تدارك ما خاف فوته بإقرار الغير ولم يتدارك يبطل حقه، لأن فوت حقه مضاف إلى تقصيره فإذا لم يمكن التدارك لا يصح الإقرار في حقه، فإذا أقرت بعد شهر أمكن الزوج التدارك وبعد شهرين لا يمكنه، وكذا الطلاق والعدة حتى لو طلقها ثنتين ثم أقرت يملك الثالثة، ولو أقرت قبل الطلاق تبين بثنتين، ولو مضت من عدتها حيضتان ثم أقرت يملك الرجعة، ولو مضت حيضة ثم أقرت تبين بحيضتين اهـ.

قلت: وعلى ما في الكافي لا إشكال لقوله: إن فوت حقه مضاف إلى تقصيره، تأمل. قوله: (وفرع على حقه) الأولى أن يقول على قوله لا في حقه. قوله: (مجهول

حصلت قبل الإقرار وما في بطنها وقته أحرار) لحصولهم قبل إقرارها بالرق (مجهول النسب حرر عبده ثم أقر بالرق لإنسان وصدقه) المقر له (صح) إقراره (في حقه) فقط (دون إبطال العتق فإن مات العتيق يرثه وارثه إن كان) له وارث يستغرق التركة (وإلا فيرث) الكل أو الباقي. كافي وشرنبلالية.

(المقر له فإن مات المقر ثم العتيق فإرثه لعصبة المقر) ولو جنى هذا العتيق

(النسب) قيد به احترازاً عمن علم نسبه وحريته فلا يصح إقراره بالرق لتكذيب العيان له كما لا يخفى، وكذا من علم أنه عتيق الغير، ويصح هذا الإقرار من المجهول، ولو كان صبياً مميزاً كما في تنوير الأذهان، ويستثنى منه اللقيط حيث لا يصح إقراره بأنه عبد لفلان، إلا إذا كان بالغاً. أبو السعود.

وفي الأشباه: مجهول النسب: لو أقر بالرق لإنسان وصدقه المقر له صح وصار عبده إن كان قبل تأكد حريته بالقضاء، أما بعد قضاء القاضي عليه بحد كامل أو بالقصاص في الأطراف لا يصح إقراره بالرق بعد ذلك، وإذا صح إقراره بالرق فأحكامه بعده في الجنايات والحدود وأحكام العبيد وفي التصرف بمطلق، إلا في خمسة: زوجته، ومكاتبه، ومدبره، وأم ولده، ومولى عتقه. انتهى.

أقول: وهنا يقيد مجهول النسب أيضاً قوله: (صح إقراره في حقه) أي ويصار عبده إن كان قبل تأكد حريته بالقضاء كما علمت. قوله: (دون إبطال العتق) أي دون ما يتعلق بعصبة المقر من إرث المعتق بعد موت المقر. قوله: (يرثه وارثه الخ) لأنه مقدم على المعتق. قوله: (وإلا) صادق بأن لم يكن له وارث أصلاً، أو وارث لا يرث الكل كأحد الزوجين. قوله: (فيرث الكل) أي إن لم يكن له وارث أصلاً. قوله: (أو الباقي) إن كان له وارث لا يستغرق. قوله: (كافي وشرنبلالية) الأولى شرنبلالية عن الكافي، لقوله كذا في الكافي. وعبارة الشرنبلالية عن المحيط. وإن كان للميت بنت فلها النصف لها، والنصف للمقر له اهـ.

فعلم أن المراد بالوارث ذو الفرض أو العصبة، وإن كان المقر له مقدماً على الرد وهل يقدم على ذوي الأرحام يراجع.

قال في الشرنبلالية: وإن جنى هذا العتيق سعى في جنايته لأنه لا عاقلة له، وإن جني عليه يجب عليه أرش العبد، وهو كمملوك في الشهادة، لأن حريته في الظاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق اهـ. قوله: (المقر له) فاعل يرث: أي وإلا فيرث الكل أو الباقي المقر له. قوله: (فإرثه لعصبة المقر) لأنه لما مات انتقل الولاء إليهم، بخلاف ما إذا كان حياً. درر. وذلك لأن إقراره بالرق لا يظهر في حقهم، فلو كان عصبة أولاده ممن

سعى في جنايته لأنه لا عاقلة له، ولو جنى عليه يجب أرش العبد وهو كالمملوك في الشهادة لأن حريته بالظاهر، وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق.

(قال) رجل لآخر (لي عليك ألف فقال) في جوابه (الصدق أو الحق أو اليقين أو نكر). كقوله: (حقاً ونحوه) (أو كرر لفظ الحق أو الصدق). كقوله: الحق الحق أو حقاً حقاً (ونحوه أو قرن بها البر).

قبل الإقرار أحرار يرثونه، ومن بعده من أمة أرقاء لا يرثون، فتدبر ط.

والحاصل- أن الإقرار حجة قاصرة، فما دام حياً يكون إرث العتيق للمقر له عند عدم الوارث، وبعد المقر ينتقل الولاء لعصبته، فيكون الإرث لهم فلا ينفذ إقراره عليهم، ويستحقون الميراث دون المقر له. قوله: (لأنه لا عاقلة له) إذ الذي أعتقه صار رقيقاً والمقر له لم يظهر حكمه في حق ذلك العتيق. قوله: (ولو جنى عليه يجب أرش العبد) وعليه فقد صار الإقرار حجة متعدية في حق المجني عليه، فينبغي زيادة هذه المسألة على المسائل المتقدمة آنفاً. قوله. (لأن حريته بالظاهر) لأنا نظرنا فيها إلى ظاهر حرية المعتق حال إعتاقه. قوله: (قال رجل لآخر لي عليك ألف الخ). أقول: هذه المسائل معرفة أو منكرة أو مكررة أو مقروناً بها البرّ ينبغي أن تذكر عند قول المصنف في كتاب الإقرار قال: أليس لي عليك ألف؟ فقال بلى الخ لوجهين.

الأول: أنها من قبيل نعم.

والثاني: أنها نظيرة اتزنها واتزن، فنظير الأول قوله الحق ونحوه، لأن المفعول المطلق أو المفعول به لا يستقل بنفسه، لأن الهاء لا بد له من مرجع سابق، ونظير الثاني قوله الحق حق ونحوه، لأنه كلام تام غير محتاج إلى ما قبله، وكذلك اتزن. ثم هذه الألفاظ الرواية فيها النصب، وعليه كلام المصنف حيث صرح به في النكرة: إما بكونه على المصدرية والتقدير القول الحق الخ، أو بكونه مفعولاً به: أي ادعيت الحق الخ. وجاز في الكل الرفع على أنه خبر مبتدأ محذوف يدل عليه فحوى الكلام. فالتقدير: قولك الحق أو دعواك الحق الخ، ولو قدر مجروراً فله وجه أيضاً فيكون التقدير قولك: أو دعواك بالحق، ولو لم يعرب فيحمل على واحد منهما، فلا يختلف الحكم في الجميع في الصحيح. كذا في الجامع العاملي. قوله: (ونحوه) بأن كرر اليقين أيضاً معرفاً أو منكراً. قوله: (أو قرن بها البر) قيد به لأنه لو قرن بها الصلاح لم يكن إقراراً، لأن الصلاح تحكم في الرد، إذ القول لا يوصف به فيكون أمراً بالصلاح والاجتناب عن الكذب، فيحمل ما قرن به عليه أطلقه ولكنه مقيد بالنصب، إذ لو رفع يكون جملة تامة من مبتدأ وخبر فلا يجعل جواباً لما سبق، بخلاف تكرير هذه الألفاظ حيث يحمل على التأكيد. وأشار بالمقارنة إلى أن البرّ لو انفرد معرفاً أو منكراً أو مكرراً لا يكون إقراراً لعدم العرف. عبد الحليم.

كقوله: البرّ حق أو الحق برّ الخ (فإقرار، ولو قال الحق حق أو الصدق صدق أو اليقين يقين لا) يكون إقراراً لأنه كلام تام، بخلاف ما مر لأنه لا يصلح للابتداء فجعل جواباً، فكأنه قال ادعيت الحق الخ.

(قال لأمته يا سارقة يا زانية يا مجنونة يا آبقة أو قال هذه السارقة فعلت كذا وباعها فوجد بها واحد منها) أي من هذه العيوب (لا ترد به) لأنه نداء أو شتيمة لا إخبار (بخلاف هذه سارقة أو هذه آبقة أو هذه زانية أو هذه مجنونة) حيث ترد بأحدها لأنه إخبار وهو لتحقيق الوصف (وبخلاف يا طالق) أو هذه المطلقة فعلت كذا حيث تطلق امرأته لتمكنه من إثباته شرعاً فجعل إيجاباً ليكون صادقاً، بخلاف الأول. درر.

(إقرار السكران بطريق محظور) أي ممنوع محرم (صحيح) في كل حق، فلو أقر

قوله: (البر حق) هذا مما يصلح للإخبار ولا يتعين جواباً، والذي في نسخة الدرر: البر الحق، وهو في بعض النسخ كذلك، وهو ظاهر فإنه يحمل على الابتداء ط. قوله: (لأنه كلام تام) من مبتدأ وخبر مستقل بنفسه، هذا هو المنطوق، وجعله جواباً إنما هو باعتبار دلالة الحال، وذا ساقط في مقابلته. وقوله: (لأنه لا يصلح للابتداء) أي لأن يكون كلاماً مبتدأ، هذا هو الظاهر، أو لا يصلح لأن يكون مبتدأ، لأنه لو وقع لكونه خبراً لمبتدأ يقدر بدلالة الحال، وهو قولك أو دعواك على ما أشرنا إليه. قوله: (يا سارقة الخ) مأخذ هذه المسألة بتفاريعها من باب الإقرار بالعيب في الجامع الكبير وإتيان المصنف بها في أواخر باب العيب أنسب من إتيانه بها هنا كما لا يخفى. قوله: (لأنه نداء) أي فيما عدا الأخير والنداء لإعلام المنادى وإحضاره لا لتحقيق الوصف، ولهذا لو قال لامرأته يا كافرة لا يفرق بينهما ا هـ درر. قوله: (أو شتيمة) أي في الأخيرة وهي قوله هذه السارقة فعلت كذا: أي ولم يكن لتحقيق الوصف، وفي نسخة الشتيمة ويحتمل أن أو بمعنى الواو، فإن كل أمثلة النداء تصلح للشتم وينفرد الشتم في الأخيرة ط. قوله: (بخلاف هذه سارقة) وكذا هذه السارقة بلام التعريف، الحاصل أن الاعتبار إلى مجيء الوصف خبراً فيستوي حينئذ كونه معرفاً أو منكراً، بخلاف مجيئه نعتاً فحينئذ يحمل على الشتم، هذا هو المصرح به في تلخيص الجامع الكبير، وعليه كلام الكافي، فيظهر منه أن تنكير هذه الأوصاف في عبارة المصنف ليس للاحتراز. قوله: (حيث ترد بأحدها) أي لو اشتراها من لم يعلم بهذه الأخبار ثم علم ط.

أقول: فيه نظر، لأن الشرط في رد المبيعة بالعيب أن يوجد عند المشتري والبائع، فلو أقر البائع بالعيب عنده ولم يوجد عند المشتري لا ترد بل يكون قد زال. تأمل. قوله: (بخلاف الأول) فإن السيد لا يتمكن من إثبات هذه الأوصاف فيها. قوله: (بطريق محظور) متعلق بالسكران. قوله: (محرم) لا حاجة إليه. قوله: (صحيح) لتكليفه شرعاً

يقود أقيم عليه الحد في سكره، وفي السرقة يضمن المسروق كما بسطه سعدي آفندي في باب حد الشرب (إلا فيما) ما يقبل الرجوع كالردة و (حد الزنا وشرب

لقوله تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنتُمْ سُكَارَى﴾ [النساء: ٤٣] خاطبهم تعالى ونهاهم حال سكرهم. أشباه. قوله: (أقيم عليه الحد في سكره) لعله سبق قلم. والصواب القصاص لأنه لا فائدة في انتظاره، وأشار إلى أن الحدّ تارة يقصد به تأديب بإيصال الألم إليه، وهذا لا يحصل في حال السكر فلا يقام عليه فيه لأنه لا يحس به كحد الشرب والقذف، وتارة يقصد به تأديب غيره أو تحصيل ثمرته، وإن أقيم في حال السكر لبقاء أثره بعده كالقود فإنه إن كان في النفس يحصل به إزهاق الروح، فلا فرق أن يكون في حال الصحو لحصول المقصود به، وهو زجر غيره أن يعمل كعمله، وكذا فيما دون النفس المقصود به يحصل في حال السكر أو في حال الصحو. وينبغي أن يكون حد السرقة كذلك لبقاء أثره بعد الصحو. قوله: (وفي السرقة يضمن المسروق) أي لو أقر بالسرقة يتضمن ذلك الإقرار حق الله، وهو إقامة الحد وحق العبد، وهو ضمان المال فلا يلزمه الحدّ لدرئه بالشبهات، ويصح في حق العبد فيضمن المال المسروق. قوله: (سعدي أفندي) وعبارته هناك.

وقال صاحب النهاية: ذكر الإمام التمرتاشي: ولا يحد السكران بإقراره على نفسه بالزنا والسرقة، لأنه إذا صحا ورجع بطل إقراره ولكن يضمن المسروق، بخلاف حد القذف والقصاص حيث يقام عليه في حال سكره لأنه لا فائدة في التأخير لأنه لا يملك الرجوع، لأنهما من حقوق العباد، فأشبه الإقرار بالمال والطلاق والعتاق انتهى.

ولا يخفى عليك أن قوله لأنه لا فائدة في التأخير محل بحث، وفي معراج الدراية: بخلاف حد القذف فإنه يحبس حتى يصحو ثم يحد للقذف، ثم يحبس حتى يخف منه الضرب، ثم يحد للسكر. ذكره في المبسوط. وفي معراج الدراية: قيد بالإقرار لأنه لو زنى أو سرق في حاله يحد بعد الصحو، بخلاف الإقرار، وكذا في الذخيرة انتهى انتهت.

أقول: لكن في قوله بخلاف الإقرار أن الإقرار كذلك فما وجه المخالفة. تأمل.

قوله: (إلا فيما يقبل الرجوع كالردة) أي ولو بسبّ النبي صلى الله تعالى عليه وسلم فإنها كسائر ألفاظ الردة خلافاً لما نقله الشارح في بابها.

وكتب عليه سيدي الوالد رحمه الله تعالى كتابة حسنة حرر فيها أن القبول هو المذهب، وأن عدم القبول هو مذهب مالك رحمه الله تعالى فارجع إليه. والحكمة في عدم صحة إقراره فيما يقبل الرجوع أن الردة مبنية على الاعتقاد وهو يعتمد وجود العقل ولا عقل له مع السكر ولو أقر، ولذا لو ارتد في سكره لا تصح ردته، وعليه فينبغي أن لا تلحقه أحكام المرتد من بينونة زوجة ونحوه، فليراجع. أما من ثبتت ردته بالبينة، وأنكر

الخمر (وإن) سكر (بطريق مباح) كشربه مكرهاً (لا) يعتبر بل هو كالإغماء إلا في سقوط القضاء. وتمامه في أحكامات الأشباه.

فإن إنكاره توبة فتلزمه أحكام المرتد كما صرحوا به. قوله: (وشرب الخمر) أي إذا أقر وهو سكران بأنه شرب الخمر الذي هو فيه أو غيره لا يصح إقراره فلا يقام عليه الحد، وإنما ترتب على البينة مثلاً الأحكام ط. قوله: (لا يعتبر) أي إقراره. قوله: (إلا في سقوط القضاء) أي قضاء الصلاة أزيد من يوم وليلة، فتسقط بالإغماء لا بالسكر، لأنه بصنعه كما في الأشباه. قوله: (وتمامه في أحكامات الأشباه) وعبارتها أحكام السكران هو مكلف لقوله تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى﴾ [النساء: ٤٣] خاطبهم تعالى ونهاهم حال سكرهم، فإن كان السكر من محرم، فالسكران منه هو المكلف، وإن كان من مباح فلا فهو كالمغمى عليه لا يقع طلاقه.

واختلف التصحيح فيما إذا سكر مكرهاً أو مضطراً فطلق، وقدمنا في الفوائد أنه من محرم كالصاحي إلا في ثلاث: الردة، والإقرار بالحدود الخالصة، والإشهاد على شهادة نفسه، وزدت على الثلاثة: تزويج الصغير والصغيرة بأقل من مهر المثل أو بأكثر فإنه لا ينعقد.

الثانية: الوكيل بالطلاق صاحياً إذا سكر فطلق لم يقع.

الثالثة: الوكيل بالبيع، ولو سكر فباع لم ينفذ على موكله.

الرابعة: غصب من صاح ورده عليه وهو سكران وهي في فصول العمادي فهو كالصاحي، إلا في سبع فيؤاخذ بأقواله وأفعاله. واختلف التصحيح بما إذا سكر من الأشربة المتخذة من الحبوب أو العسل، والفتوى على أنه سكر محرم، فيقع طلاقه وعتاقه ولو زال عقله بالبنج لم يقع وعن الإمام أنه إن كان يعلم أنه بنج حين يشرب يقع وإلا فلا، وصرحوا بكراهة أذان السكران، واستحباب إعادته وينبغي أن لا يصح أذانه كالمجنون. وأما صومه في رمضان فلا إشكال أنه إن صحا قبل خروج وقت النية أنه يصح إذا نوى، لأنا لا نشترط التبييت فيها، وإذا خرج وقتها قبل صحوه أثم وقضى، ولا يبطل الاعتكاف بسكره ويصح وقوفه بعرفات كالمغمى عليه، لعدم اشتراط النية فيه. واختلفوا في حد السكران: فقيل من لا يعرف الأرض من السماء، ولا الرجل من المرأة وبه قال الإمام الأعظم. وقيل من في كلامه اختلاط وهذيان، وهو قولهما وبه أخذ أكثر المشايخ والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه احتياطاً في المحرمات، والخلاف في الحد والفتوى على قولهما في انتقاض الطهارة وأن يمينه لا يسكر كما بيناه في شرح الكنز.

تنبيه قولهم إن السكر من مباح كالإغماء يستثنى منه سقوط القضاء فإنه لا يسقط عنه وإن كان أكثر من يوم وليلة لأنه بصنعه. كذا في المحيط انتهى ما ذكره في الأشباه.

قال في نور العين: ويلحق السكران بالصاحي في العبادات والحقوق فيلزمه سجدة تلاوة وقضاء الصلاة شيء، وإذا أفاق يلزمه الوضوء لو كان بحال لا يعرف الذكر من الأنثى لا كمغمى عليه، ومن سكر من شراب محرم أو من المثلث لزمه كل التكاليف الشرعية، ويصح جميع عباراته وتصرفاته سواء شرب مكرهاً أو طائعاً. بزدوي.

السكر لو بمباح كشرب مكره، ومضطر، وشرب دواء، وشرب ما يتخذ من حبوب وعسل عند أبي حنيفة كالإغماء يمنع من صحة طلاق، وعتاق وسائر التصرفات، والسكر بمحظور كسكر من كل شراب محرم، ونبيذ المثلث، ونبيذ الزبيب المطبوخ المعتق لا ينافي الخطاب، فيلزمه جميع أحكام الشرع، وتصح عباراته كلها بطلاق وعتاق وبيع وشراء، وأقارير، ويصح إسلامه لا ردته استحساناً، ولو أقر بقصاص أو باشر سبباً لزمه حكمه، ولو قذف أو أقر به لزمه الحد، ولو زنى حد إذا صحا، ولو أقر أنه سكر من خمر طائعاً لم يحد حتى يصحو فيقرأ وتقوم عليه البينة، ولو أقر بشيء من الحدود لم يحد إلا في حد القذف، وتقام عليه الحدود إذا صحا.

قال في الهداية: لا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وأنه شربه طوعاً، إذ السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك، وكذا شرب المكره لا يوجب الحد ولا يحد السكران حتى يزول عنه السكر تحصيلاً لمقصود الانزجار والسكران الذي يحد عند أبي حنيفة، هو من لا يعقل منطقاً لا قليلاً ولا كثيراً، ولا يعقل الرجل من المرأة، وعندهما: من يهذي ويخلط كلامه إذاً هو السكران في العرف، وإليه مال أكثر المشايخ، والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالا إجماعاً أخذاً بالاحتياط انتهى.

ونقلنا عن الأشباه أن الفتوى على قولهما في إنتقاض الطهارة، وفي يمينه أن لا يسكر، وأنه يستثنى سقوط القضاء من قولهم السكر بمباح كإغماء، فإنه لا يسقط عنه وإن كان أكثر من يوم وليلة لأنه بفعله. قال قاضيخان: يجوز جميع تصرفات السكران إلا الردة والإقرار بالحدود والإشهاد على شهادة نفسه. وفي محل آخر منه من سكر من خمر أو شراب متخذ من أصل الخمر وهو العنب والزبيب والتمر كنبيذ ومثلث وغيرهما ينفذ جميع تصرفاته عندنا، وبه أخذ عامة المشايخ. وقال الحسن بن زياد الطحطاوي والكرخي والصفار ومالك والشافعي في أحد قوليه وداود الأصفهاني: لا يصح منه تصرف ما وردته لا تصح عندنا استحساناً. إذ الكفر واجب النفي لا واجب الإثبات. وعن أبي يوسف أنه كان يأخذ بالقياس ويقول: تصح ردته انتهى. قال: فلو قضى قاض بقول واحد من هؤلاء نفذ قضاؤه.

واختلف المشايخ فيما يتخذ من حبوب وثمار وعسل: من قال بوجوب الحد

. . . .

بالسكر به يقول ينفذ تصرفاته ليكون زجراً له، ومن قال لا يجب الحد به وهو الفقيه أبو جعفر والإمام السرخسي يقول لا ينفذ تصرفاته، ولو شرب شراباً حلواً فلم يوافقه وذهب عقله بالصداع لا بالشراب فطلق، قال محمد: لا يقع، وبه يفتى. هذا كله في الشراب طائعاً، فلو مكرهاً فطلق فالصحيح أنه لا يقع، وفي محل آخر منه: ولو شرب الخمر مكرهاً أو لضرورة وسكر فطلق اختلفوا فيه، والصحيح أنه كما لا يلزمه الحد لا يقع طلاقه ولا تنفذ تصرفاته، ولو سكر مما يتخذ من حبوب وفواكه وعسل اختلفوا فيه، قال الفقيه أبو جعفر: أنه كما لا يلزمه الحد لا تنفذ تصرفاته. قاضيخان.

لو كانت الخمر مغلوبة بالماء تحرم، لكن لا يحد شاربها ما لم يسكر، وفيما سوى الخمر مما يتخذ من عنب وزبيب لا يحد شاربه ما لم يسكر، ومن سكر بالبنج فالصحيح أنه لا يحد، ولا تصح تصرفاته ولا تقع ردته. ابن الهمام.

عدم وقوع طلاق السكران بالبنج والأفيون لعدم المعصية، فإنه يكون للتداوي غالباً فلا يكون زوال العقل بسبب هو معصية، حتى لو لم يكن للتداوي بل للهو وإدخال الآفة قصداً ينبغي أن نقول يقع. وقال أيضاً: اتفق مشايخ الحنفية والشافعية بوقوع طلاق من زال عقله بأكل الحشيش، وهو المسمى ورق القنب لفتواهم بحرمته اتفاقاً من متأخريهم، إذ لم يظهر أمر الحشيش في زمن المتقدمين حتى طلاق السكران غير واقع، وبه أخذ كثير من مشايخ بلخ، وهو قول عثمان رضي الله تعالى عنه: هذا نبيذ عسل وتين وحنطة وشعير وذرة حلال، وإن لم يطبخ عند أبي حنيفة، وأبي يوسف: إذا شرب بلا لهو ولا طرب لقوله عليه الصلاة والسلام «الْخَمْرُ مِنْ هَاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ، وَأَشَارَ إِلَى كَرْمٍ وَنَخْلٍ»[1] خص التحريم بهما، إذ المراد بيان الحكم. ثم قيل: يشترط الطبخ لإباحته، وقيل لا، وهو المذكور في الكتاب. وهل يحد إذا سكر منه؟ قيل لا يحد، وقالوا: الأصح أنه يحد، إذ روي عن محمد فيمن سكر من الأشربة أنه يحد بلا تفصيل، إذ الفساق يجتمعون عليه في زماننا كما على سائر الأشربة بل فوق ذلك.

يقول الحقير: قوله الأصح موافق لما اختاره صاحب المبسوط كما مر، لكنه مخالف لما نقله قاضيخان عن الفقيه أبي جعفر، ولما نقله البزدوي أيضاً عن أبي حنيفة، كما مر كلاهما في أول البحث، والله تعالى أعلم بالصواب. هداية. المثلث العنبي حلال عند أبي حنيفة وأبي يوسف إذا قصد به التقوية لا التلهي. وعند محمد: حرام، وعنه أنه حلال، وعنه أنه مكروه، وعنه أنه توقف فيه مختارات النوازل نبيذ تمر ونبيذ زبيب إذا طبخ أدنى

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب الأشربة (١٣ - ١٤) وأبو داود (٣٦٧٨) والترمذي (١٨٧٥) والنسائي في كتاب الأشربة ب (١٩) وابن ماجة (٣٣٧٨) وأحمد في المسند ٢/ ٢٧٩ والدارمي ٢/ ١١٣.

(المقر له إذا كذب المقر بطل إقراره) لما تقرر أنه يرتد بالرد (إلا) في ست

طبيخ، وإذا اشتد إذا شرب ما يغلب على ظنه أنه لا يسكر من غير لهو ولا طرب جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو الصحيح، لأنه أبعد من تفسيق الصحابة رضي الله تعالى عنهم، ونبيذ حنطة وشعير وعسل حلال وإن لم يطبخ إذا شرب منه بلا لهو، عند أبي حنيفة وأبي يوسف فهو المثلث ولا يحد شاربه عندهما، ولا يقع طلاقه وإن سكر منه، وعن محمد أنه حرام، ويحد شاربه إذا سكر منه، ويقع طلاقه. والأصح فيه قول محمد، وكذا المتخذ من الألبان إذا اشتد، فهو على هذا الخلاف. أشباه. صرحوا بكراهة أذان السكران، والاستحباب الإعادة، وينبغي أن لا يصح أذانه كالمجنون فصلك.

سكران جمح فرسه فاصطدم إنساناً فمات، لو كان يقدر على منعه فليس بمسير له فلا يضاف إليه سيره، وكذا غير السكران لو عاجزاً عن منعه.

زوج بنته الصغيرة بأقل من مهرها: لو صاحياً جاز عند أبي حنيفة، أما عندهما فقيل: يجوز النكاح لا النقصان، ونص في جمع أنه لا يجوز النكاح عندهما، ولو في سكر اختلف على قول أبي حنيفة، قيل يجوز، وقيل لا، وهو الصحيح فقط.

تزوج امرأة بحضرة سكارى وعرفوا أمر النكاح إلا أنهم لا يذكرون بعد صحوهم جاز ط.

وكله بطلاق فطلقها وهو سكران، فلو وكله وهو سكران يقع إذ رضي بعبارته، ولو وكله وهو صاح لا يقع إذ رضي بعبارة الصاحي لا السكران ح.

وكيل بيع وشراء إذا سكر تبيذ تمر: فلو يعرف البيع والشراء والقبض قال منجير: جاز عقده على موكله كما باشر لنفسه لا لو يبنج كمعتوه. وقال غيره: لا يجوز في النبيذ أيضاً، إذ بيع السكران إنما جاز زجراً عليه فلا يجوز على موكله، فسقط رد الغصب على سكران ورفع ثوبه للحفظ مر في أوائل فصل الضمان انتهت. قال بعض الفضلاء: وهل يدخل في ذلك تصرفات الصبي السكران من إسلامه وغيره؟ وكانت واقعة الفتوى. تأمل.

أقول: الظاهر أنه لا يدخل في ذلك؛ لأن البالغ السكران من محرم جعل مخاطباً زجراً له وتغليظاً عليه، والصبي ليس أهلاً للزجر والتغليظ. كذا ذكره في الحواشي الحموي. قوله: (بطل إقراره) قال في الذخيرة: من أقر لإنسان بشيء وكذبه المقر له فقال المقر أنا أقيم البينة على ذلك لا تقبل بينته اهـ بيري. ولو عاد المقر في الإقرار ثانياً وصدقه المقر له كان للمقر له أن يؤاخذه بإقراره الثاني. تاترخانية. والمعنى: أنه إذا كذبه ثم صدقه لا يعمل تصديقه إلا في المواضع المذكورة فإنه يصح تصديقه بعد التكذيب ط.

أقول: وما نقله في التاترخانية استحسان، والقياس أن لا يكون له ذلك، وفي

على ما هنا تبعاً للأشباه.

(الإقرار بالحرية والنسب وولاء العتاقة والوقف) في الإسعاف: لو وقف على رجل فقبله ثم رده لم يرتد، وإن رده قبل القبول ارتد

الذخيرة: وصدقه المقر له بأن قال لك علي ألف درهم فقال المقر له أجل لي عليك، ولو أقر بالبيع وجحد المشتري ووافقه المقر في الجحود أيضاً ثم إن المقر له ادعى الشراء لا يثبت الشراء وإن أقام المشتري بينة على ذلك ولو صدقه البائع على الشراء يثبت الشراء اهـ.

قال السيد الحموي أقول: وجه القياس أن الإقرار الثاني عين المقر به أولاً فالتكذيب في الأول تكذيب في الثاني. ووجه الاستحسان أن يحتمل أنه كذبه بغير حق لغرض من الأغراض الفاسدة فانقطع عنه ذلك الغرض، فرجع إلى تصديقه فجاء الحق وزهق الباطل اهـ. قوله: (على ما هنا) أي على ما في المتن، وإلا فسيأتي زيادة عليها. قوله: (الإقرار بالحرية) فإذا أقر أن العبد الذي في يده حر تثبت حريته، وإن كذبه العبد ط. قوله: (والنسب) قد تقدم في باب دعوى النسب فيما تصح فيه دعوى الرجل والمرأة أنه لا بد من تصديق هؤلاء، إلا في الولد إذا كان لا يعبر عن نفسه؛ ومن جملة ما يشترط تصديقه مولى العتاقة، إلا أن يحمل أنه إذا عاد إلى التصديق بعد الرد يقبل كما قلنا. ويدل على ذلك عبارة البحر في المتفرقات فإنه قال: وقيد بالإقرار بالمال احترازاً عن الإقرار بالرق والطلاق والعتاق والنسب والولاء فإنها لا ترتد بالرد، أما الثلاثة الأول ففي البزازية: قال لآخر أنا عبدك فرد المقر له ثم عاد إلى تصديقه فهو عبده، ولا يبطل الإقرار بالرق بالرد كما لا يبطل بجحود المولى، بخلاف الإقرار بالعين والدين حيث يبطل بالرد، والطلاق والعتاق لا يبطلان بالرد لأنهم إسقاط يتم بالمسقط وحده، وأما الإقرار بالنسب وولاء العتاقة ففي شرح المجمع من الولاء، وأما الإقرار بالنكاح فلم أره الآن اهـ. فتصوير المسائل المذكورة هنا مثل تصوير الرق إلا الطلاق والعتاق كما علم به ط. قوله: (والوقف) قال في الأشباه: إن المقر له إذا رده ثم صدقه صح كما في الإسعاف. قوله: (في الإسعاف لو وقف على رجل الخ) يشير به للرد على المتن، ولكن رأيت معزياً للخزانة ما يوافق المتن، وهو لو قال لا أقبل يبطل، وقيل لا يبطل، وهو المختار عند بعض المتأخرين اهـ. لكن فيه أن الكلام في الإقرار بالوقف لا في الوقف، وأيضاً الكلام فيما لا يرتد ولو قبل القبول على أن عبارة الإسعاف على ما في الأشباه والمنح هكذا: ويزاد الوقف، فإن المقر له إذا رده ثم صدقه صح، وهي موافقة لما نحن بذكره من أن الإقرار لا يرتد بالرد ولو قبل القبول، وما نقله الشارح من أن الوقف يرتد بالرد قبل القبول لا بعده هو غير ما نحن فيه. ونقل الحموي عن الإسعاف ما يناسب هذا فقال: ولو أقر لرجلين بأرض في يده أنها وقف عليهما أو على أولادهما ونسلهما أبداً ثم من بعدهم على المساكين فصدقه وكذبه

(والطلاق والرق) فكلها لا ترتد ويزاد الميراث. بزازية. والنكاح كما في متفرقات قضاء البحر، وتمامه ثمة. واستثنى ثمة مسألتين من الإبراء وهما: إبراء الكفيل لا

الآخر ولا أولاد لهما يكون نصفها وقفاً على المصدق منهما والنصف الآخر للمساكين لو رجع المنكر إلى التصديق رجعت الغلة إليه. وهذا بخلاف ما لو أقر لرجل بأرض فكذبه المقر له فإنه تصير له ما لم يقر له ثانياً. والفرق أن الأرض المقر بوقفيتها لا تصير ملكاً لأحد بتكذيب المقر له، فإذا رجع ترجع إليه والأرض المقر بكونها ملكاً ترجع إلى ملك المقر بالتكذيب اهـ. وهذا غير ما نقله الشارح عنه كما علمت، وهو المناسب للمقام والملائم لأن المقر له قد كذب المقر ثم صدقه يصح تصديقه، فتأمل. قوله: (والرق) أي لو قال له أنا رقيقك فأنكر ثم ادعاه وصدقه العبد صح، ومنه ما قدمه الشارح في كتاب العتق عن الخلاصة: قال لعبده أنت غير مملوك الخ. قوله: (ويزاد الميراث) أي فلا يعمل رد الوارث إرثه من المورث. قوله: (كما في متفرقات قضاء البحر) وعبارته: قيد بالإقرار بالمال احترازاً عن الإقرار بالرق والطلاق والعتاق والنسب والولاء، فإنها لا ترتد بالرد.

أما الثلاثة الأول، ففي البزازية قال لآخر أنا عبدك فرد المقر له ثم عاد إلى تصديقه فهو عبده، ولا يبطل الإقرار بالرق بالرد كما لا يبطل بجحود المولى، بخلاف الإقرار بالعين والدين حيث يبطل بالرد، والطلاق والعتاق لا يبطلان بالرد لأنهما إسقاط يتم بالمسقط وحده، وأما الإقرار بالنسب وولاء العتاقة ففي شرح المجمع من الولاء، وأما الإقرار بالنكاح فلم أره الآن انتهى قوله: (واستثنى ثمة مسألتين من الإبراء) أي من قولهم الإبراء يرتد بالرد، ولا حاجة إلى ذكرهما هنا فإنهما ليسا مما نحن فيه ح: أي لأن الكلام في الإقرار وما ذكره في الإبراء.

وعبارته قال: ثم اعلم أن الإبراء يرتد إلا فيما إذا قال المديون أبرئني فأبرأه فإنه لا يرتد كما في البزازية، وكذا إبراء الكفيل لا يرتد بالرد، فالمستثنى مسألتان، كما أن قولهم إن الإبراء لا يتوقف على القبول ولا يخرج عنه الإبراء عن بدل الصرف والسلم فإنه يتوقف على القبول ليبطلاه كما قدمنا في باب السلم.

والحاصل: أن الكلام في أن الإقرار يرتد بالرد إلا في مسائل، وهاتان المسألتان ليستا منها، وحينئذ فلا وجه لزيادة ذلك. قال في كتاب المداينات: الإقرار يرتد بالرد إلا في مسائل:

الأولى: إذا أبرأ المحتال عليه فرده لم يرتد.

الثانية: إذا قال المديون أبرئني فأبرأه فرده ولا يرتد.

الثالثة: إذا أبرأ الطالب الكفيل فرده لم يرتد، وقيل يرتد.

الرابعة: إذا قبله ثم رده لم يرتد اهـ. إلا أن يراد بقوله واستثنى مسألتين من قولهم

يرتد، وإبراء المديون بعد قوله أبرئني فأبرأه لا يرتد، فالمستثنى عشرة فلتحفظ. وفي وكالة الوهبانية. ومتى صدقه فيها ثم رده لا يرتد بالرد، وهل يشترط لصحة الرد

الإبراء يرتد بالرد: أي كما أنه يستثنى من قولهم إن الإبراء لا يتوقف على القبول: الإبراء عن بدل الصرف والسلم فإنه يتوقف على القبول ليبطلا، فإذا كان الإبراء في هاتين المسألتين لا يرتد بالرد وإن لم يقبله بعد فمن باب أولى إذا رده ثم قبله فإنه لا يبطل، وبهذا الاعتبار عدهما مسألتين مما نحن فيه، فتأمله. قوله: (فالمستثنى عشرة) أي عن هذا القائل. قوله: (ومتى صدقه فيها) أي في الإقرار بعين أو دين والإبراء والوكالة والوقف، هذا ما تفيده عبارة العلامة عبد البر ط.

أقول: ذكر في شرح الوهبانية خمس مسائل: مسألة الوكالة، فقال لو قال لآخر وكلتك ببيع هذا وسكت يصير وكيلاً، ولو قال لا أقبل يبطل، وسيأتي في المقولة الآتية بمكان تصويرها، وهذه المسألة الأولى من النظم. وقال أيضاً: الإقرار والإبراء لا يحتاجان إلى القبول ويرتدان بالرد وهما الثانية والثالثة من النظم. وقال أيضاً: إذا سكت الموقوف عليه في الوقف على فلان جاز، ولو قال لا أقبل بطل، وفي وقف الأصل لا تبطل. وهذه المسألة الخامسة من النظم، ثم قال: ولو صدق في هذا كله ثم رده لا يرتد انتهى، فغير هذا الشارح عبارته إلى ما ترى، فضمير فيها يرجع إلى أربع مسائل مذكورة في شرح الوهبانية، لا إلى الوكالة، والمسألة الرابعة من شرح الوهبانية هي هبة الدين ممن عليه الدين لا تصح من غير قبول، خلافاً لزفر. كذا اختار السرخسي. وقيل: الخلاف على العكس. وفي قاضيخان مثله، وذكر أبو الليث أنها تصح من غير قبول إلا أنها تبطل بالرد، وفي الذخيرة والواقعات أن عامة المشايخ على أن هبة الدين[1] وإبراءه يتم من غير قبول.

وفي العمادية: المذكور في أكثر الكتب والشروح: أن القبول ليس بشرط عندنا وهو الصحيح، ثم ذكر عن الصغرى أنه يرتد بالرد انتهى، فهذه خمس مسائل، لكن لم يذكر قوله ولو صدقه في هذا كله الخ إلا بعد الأربعة الأول، وهي الوكالة والإقرار والإبراء والوقف، ولا شك أن هذا المقصود لا يفهم من هذا الشرح. قوله: (لا يرتد بالرد) قد علمت أن من جملة مرجع الضمير الوكالة وهي عقد غير لازم، فكيف لا ترتد بالرد، ويمكن تصويرها فيما إذا وكله بشراء معين وقبل الوكالة فاشتراه بمثل ما عين له من قدر الثمن ثم ادعى أنه رد الوكالة فلا يقبل ط. قوله: (وهل يشترط لصحة الرد مجلس الإبراء) ذكره العلامة عبد البر في إبراء الدائن مديونه من الدين، وعبارته بعد ذكر هذه المسألة: وهل يشترط لصحة الرد مجلس الإبراء؟ اختلف المشايخ.

ولو قال أبرئني مما لك علي فقال أبرأتك فقال لا أقبل فهو بريء، وفي بعض

---

(١) في طاهرة للدين عن عليه أو إبراؤه لا يحتاج فيهما إلى القبول.

بجنس الإبراء؟ خلاف، والضابط أن ما فيه تمليك مال من وجه يقبل الرد، وإلا فلا كإبطال شفعة وطلاق وعتاق لا يقبل الرد، وهذا ضابط جيد فليحفظ.

(صالح أحد الورثة وأبرأ إبراء عاماً)

النسخ هبة الدين عن عليه لا تتم إلا بالقبول، والإبراء يتم لكن للمديون حق الرد قبل موته إن شاء انتهى. قوله: (والضابط) قال العلامة عبد البر عن تقويم الدبوسي: الصدقة بالواجب: أي الثابت في الذمة إسقاط كصدقة الدين على الغريم، وهبة الدين له فتتم له بغير قبول، وكذا سائر الإسقاطات تتم من غير قبول، إلا أن ما فيه تمليك مال من وجه قبل الارتداد بالرد، وما ليس فيه تمليك مال لا يقبل كإبطال حق الشفعة والطلاق، وهذا ضابط جيد فتنبه له اهـ.

قال بعض الفضلاء: هذا الضابط ظاهر فيما يقبل الرد من الإنشاءات، لكن هو خارج عما البحث فيه من كون الإقرار يرتد أو لا يرتد، إذ الإقرار لا تمليك فيه. تأمل. قوله: (صالح الخ) وليت هذا الفرع ما جعل متناً ولا شرحاً، إذ أصل العبارة: قال تاج الإسلام: وبخط شيخ الإسلام وجدته: صالح أحد الورثة وأبرأ إبراء عاماً ثم ظهر شيء في التركة لم يكن وقت الصلح لا رواية في جواز الدعوى؛ ولقائل أن يقول: يجوز دعوى حصته منه، وهو الأصح، ولقائل أن يقول: لا اهـ. ثم اختصرها في الأشباه وتبعه هنا. قال الشرنبلالي: نقلها في الأشباه بما فيه اشتباه لا يليق، لأنه معزو إلى الخط، وفيه نظر، وبرهن عليه في رسالة اهـ. ويؤيده ما سيأتي: لو صالح الورثة أحدهم ثم ظهر عين لم يعلموها هل تدخل في الصلح؟ قولان: أشهرهما: لا، فهذا بلا إبراء فيه رواية مشهورة بعدم السماع، فكيف مع الإبراء الذي بمفرده يمنع السماع.

قال في المحيط: لو أبرأ أحد الورثة الباقي ثم ادعى التركة وأنكروا لا تسمع دعواه، وإن أقروا بالتركة أمروا بالرد عليه اهـ: أي لأن الإبراء عن العين إنما منع دعواها لمصادقتهم له يعمل بها، وأيضاً فرع الشق يحتمل أن يكون ما ظهر تحت يد الورثة وأنهم أقروا بأنه من التركة بعد ذلك فيكون بسبب الصلح فيه روايتان: قيل لا تسمع دعواه لأن المصالح خرج عن كل التركة، والأشهر تسمع لأنه ما خرج إلا من قدر ما علم، فإذا انضم الإبراء إليه ربما ازداد غير الأشهر قوة عليه وإنما كانت تحت يد أجنبي، ولكذا يقال: إلا أن الإبراء لا يقوي غير الأشهر، فعدم يد المبرأ، وخلط الشارح بعد الوصي بهذا الفرع فيه نظر آخر، وإن ظهرت تحت يد الورثة وأنكروا أنه من التركة فالإبراء بانفراده مانع من الدعوى، فكيف مع الصلح؟ فكيف كان قوله لا رواية فيه، فيه ما فيه. بل قيل يعمل بالإبراء الواقع في ضمن الصلح ظهر فساده بفتوى الأئمة، فكيف به في الصحيح؟ فليت التاج أحق تخريجه على هذا.

أو قال لم يبق لي حق من تركة أبي عند الوصي أو قبضت الجميع ونحو ذلك (ثم ظهر في) يد وصيه من (التركة شيء لم يكن وقت الصلح) وتحققه (تسمع دعوى حصته منه على الأصح)

ويمكن توجيهه بأنه أراد أنه ظهر تحت يد أجنبي، وتقدم عن ابن الغرس أنه لو أبرأ مطلقاً ثم ظهر أنه كان قبل الإبراء مشغول الذمة بشيء من تركة أبي المبرىء ولم يعلم بذلك ولا بموت أبيه إلا بعد الإبراء عمل الإبراء عمله، ولا يعذر المبرىء.

وفي الخلاصة أبرأه عن الدعاوى ثم ادعى عليه مالاً بالإرث عن أبيه: إن مات أبوه قبل إبرائه صح الإبراء ولا تسمع دعواه، وإن لم يعلم بموت الأب عند الإبراء اهـ. ويأتي تمام الكلام على ذلك قريباً إن شاء الله تعالى. قوله: (أو قال) عطف على صالح لأنها مسألة أخرى. قوله: (أو قبضت الجميع) أي لو أقر الوارث أنه قبض ما على الناس من تركة والده ثم ادعى على رجل ديناً تسمع دعواه. منح عن الخانية.

وصيّ الميت إذا دفع ما كان في يده من تركة الميت إلى ولد الميت وأشهد الولد على نفسه أنه قبض التركة ولم يبق من تركة والده قليل ولا كثير إلا قد استوفاه ثم ادعى في يد الوصي شيئاً وقال من تركة والدي وأقام على ذلك بينة قبلت بينته.

قلت: ووجه قبولها أن إقرار الولد لم يتضمن إبراء شخص معين، وكذا إقرار الوارث بقبضه جميع ما على الناس ليس فيه إبراء، ولو تنزلنا للبراءة فهي غير صحيحة في الأعيان. شرح وهبانية للشرنبلالي. وفيه نظر لأن عدم صحتها معناه: أن لا تصير ملكاً للمدعى عليه، وإلا فالدعوى لا تسمع كما يأتي في الصلح. قوله: (ثم ظهر في يد وصيه) هذا إنما يظهر في مسألة الوصي لا في غيرها، فلو ساق المصنف بتمامه إلخ. قوله: (وقت الصلح) ثم يقول أو ادعى في يد الوصي شيئاً وقال هذا من تركة والدي أو ادعى على رجل ديناً لوالده تسمع دعواه فيما ذكر لكان أنسب، فتأمل. قوله: (لم يكن وقت الصلح) أي لم يذكر. قوله: (وتحققه) المراد أنه أثبته، وإلا فتحققه من غير إثبات لا يعتبر. قوله: (تسمع دعوى حصته منه على الأصح) قال في الدرر: وفي المنتقى إذا دفع الوصي إلى اليتيم ماله بعد البلوغ فأشهد اليتيم على نفسه أنه قبض جميع تركة والده ولم يبق له من تركة والده قليل أو كثير إلا وقد استوفاه ثم ادعى شيئاً في يد الوصي وقال هو من تركة أبي وأقام البينة قبلت بينته، وكذا لو أقر الوارث أنه قد استوفى جميع ما ترك والده من الدين على الناس ثم ادعى ديناً على رجل تسمع دعواه انتهى.

قال الشرنبلالي: وصحة دعواه به لعدم ما يمنع منها، لأن إشهاده أنه قبض جميع تركة والده الخ ليس فيه إبراء المعلوم عن معلوم ولا عن مجهول، فهو إقرار مجرد لا يستلزم إبراء فليس مانعاً من دعواه، ثم قال: وكذلك الحكم في إقرار الوارث أنه استوفى

صلح البزازية ولا تناقض لحمل قوله لم يبق لي حق: أي مما قبضته. على أن الإبراء عن الأعيان باطل، وحينئذ فالوجه عدم صحة البراءة،

دين والده، فلا يمنع هذا الإقرار دعوى الوارث بدين لمورثه على خصم له، لأنه إقرار غير صحيح لعدم إبرائه شخصاً معيناً أو قبيلة معينة، وهم يحصون، وهذا بخلاف الإباحة لكل من يأكل شيئاً من ثمرة بستانه فإنه يجوز، وبه يفتى، وبخلاف الإبراء عن مجهول لمعلوم فإنه صحيح كقول زيد لعمرو حاللني من كل حق لك علي فحلل برىء مما علم ومما لم يعلم، وبه يفتى ا هـ.

قال في الخزانة: رجل قال لآخر حاللني من كل حق لك علي: إن كان صاحب الحق عالماً بما عليه برىء الديون حكماً وديانة، وإن لم يكن عالماً بما عليه برىء حكماً لا ديانة في قول محمد. وقال أبو يوسف: يبرأ حكماً وديانة، وعليه الفتوى ا هـ قيل. وإن لم تسمع الدعوى لا يحلف لأن اليمين فرع الدعوى، إلا أن يدعي عدم صحة إقراره بأن قال كنت مكرهاً في إقراري أو كذبت فيه فإنه يحلف المقر له لقولهم لعدم صحة الدعوى وعدم التحليف بعد الإبراء العام إنما هو فيما إذا لم يقع النزاع في نفس الإقرار الذي تبتني عليه الدعوى واليمين. تأمل. ولا تغفل عند الفتوى فإنه بحث بعضهم مني في ذلك انتهى. حموي. قوله: (صلح البزازية) عبارتها: قال تاج الإسلام وبخط شيخ الإسلام وجدته: صالح أحد الورثة وأبرأ إبراء عاماً ثم ظهر في التركة شيء لم يكن وقت الصلح لا رواية في جواز الدعوى، ولقائل أن يقول: تجوز دعوى حصته منه، وهو الأصح، ولقائل أن يقول لا انتهت. قوله: (ولا تناقض) هذا وارد على ما إذا قال الوارث للوصي قبضت تركة والدي ولم يبق لي حق من تركة والدي لا قليل، ولا كثير، وحاصل الإيراد كما في المنح وأصله لابن وهبان أن قولهم النكرة في سياق النفي تعم انتقض، لأن قوله ولم يبق لي حق نكرة في سياق النفي، فمن مقتضى القاعدة لا يصح دعواه بعد ذلك لتناقضه، والمتناقض لا تقبل دعواه ولا بينته، ثم أجاب بما ذكره المؤلف ط. قوله: (على أن الإبراء عن الأعيان باطل) أي الصادر من الوارث للوصي، والمعنى: لو أبقينا عموم النكرة لا يصح لما ذكره، وظاهر هذا، ولو ذكرت وقت الصلح حيث كان الصلح عنها نفسها لا عن بدلها مستهلكة، لأن الإبراء يشمل الدراهم والدنانير التي في يد الوصي أو باقي الورثة، إذ هي أعيان والدين ما يكون ثابتاً في الذمة.

أقول: وكما أن الإبراء عن الأعيان باطل، فكذا إجازة تلف المتلفات. قال في الوجيز من الدعوى: أتلف مال إنسان ثم قال للمالك رضيت بما صنعت وأجزت ما صنعت لا يبرأ اهـ. وأما الإبراء عن دعوى الأعيان فصحيح، ولوارثاً كما في البزازية عن العدة. وقول المصنف: في الصلح أو الإبراء عن دعوى الباقي صريح في ذلك، وقول

كما أفاده ابن الشحنة واعتمده الشرنبلالي.

الشارح ثمة، وظاهر الرواية الصحة مطلقاً يفيد صحة البراءة عن الأعيان، ثم حققه بحمل بطلان الإبراء عن الأعيان على بطلانه في الديانة، وقيد في البحر بطلان الإبراء عن الأعيان بالإنشاء، أما لو على وجه الإخبار، كهو بريء مما لي قبله فهو صحيح متناول للدين والعين، وكذا لا ملك لي في هذا العين. وفي المبسوط: ويدخل في لا حق لي قبل فلان كل عين أو دين، وكل كفالة أو إجارة أو جناية أو حد. ثم قال شيخنا: وقوله لا حق لي ونحوه ليس من الإبراء بل إقرار. ثم نقل عن الفواكه البدرية ما نصه: أبرأ مطلقاً أو أقر أنه لا يستحق عليه شيئاً ثم ظهر أن المقر له كان مشغول الذمة بتركة أبي المقر ولم يعلم المقر بذلك ولا بموت أبيه إلا بعد الإقرار أو الإبراء عمل الإبراء والإقرار عمله ولا يعذر المقر كما قدمناه.

أقول إنما لم يفرق بين الإنشاء والإخبار لأنه الصحيح وظاهر الرواية وفيه قطع النزاع، وقد تعورف من القضاة العمل عليه، وقوله ليس من الإبراء يرده قول البزازية: اتفقت الروايات على أن المدعي لو قال لا دعوى لي أو لا خصومة لي قبل فلان يصح ولا تسمع دعواه إلا في حق حادث بعد الإبراء اهـ. وسيأتي تمامه قريباً إن شاء الله تعالى. قوله: (كما أفاده ابن الشحنة) لعله في غير هذا المحل، فإنه لم يذكره هنا عند ذكر هذه المسألة ط. قوله: (واعتمده الشرنبلالي) أي في حاشية الدرر وشرح الوهبانية: وعبارته في الشرح بعد نقل ما قدمنا عن المنتقى عازياً لقاضيخان.

فإن قلت: إن إقرار الولد لم يتضمن إبراء شخص معين، وكذا إقرار الوارث بقبضه جميع ما على الناس ليس فيه إبراء فتقبل دعواه، ولو تنزلنا للبراءة فهي غير صحيحة في الأعيان، فإن الإبراء عن الأعيان لا يصح، بخلاف البراءة عن دعواه. ويعلم بهذا أن لا نقض على قول أئمتنا النكرة في سياق النفي تعم. وإيراد صاحب عقد الفرائض أن هذه المسألة انقضاء عليها لظنه أنه من قبيل الإبراء وليس كذلك، فلا احتياج لما تكلفه الشارح أيضاً من الجواب. وقد قال: إنه ظهر له أن الوجه عدم صحة البراءة وهو كذلك، وهذا ملخصه اهـ. وللشرنبلالي رسالة سماها [تنقيح الأحكام في الإقرار والإبراء الخاص والعام] أجاب فيها بأن البراءة العامة بين الوارثين مانعة من دعوى شيء سابق عليها عيناً كان أو ديناً بميراث أو غيره، وحقق ذلك بأن البراءة إما عامة كلا حق أو لا دعوى أو لا خصومة لي قبل فلان أو هو بريء من حقي أو لا دعوى لي عليه أو لا تعلق لي عليه أو لا أستحق عليه شيئاً أو أبرأته من حقي أو مما لي قبله، وإما خاصة بدين خاص كأبرأته من دين كذا أو عام كأبرأته مما لي عليه فيبرأ عن كل دين دون العين، وإما خاصة بعين فتصح لنفي الضمان لا الدعوى فيدعي بها على المخاطب وغيره، وإن كان عن دعواها فهو صحيح كما علمت.

. . . .

ثم إن الإبراء لشخص مجهول لا يصح، وإن لمعلوم صح ولو بمجهول، فقوله قبضت تركة مورثي كلها أو كل من لي عليه شيء أو دين فهو بريء ليس إبراء عاماً ولا خاصاً، بل هو إقرار مجرد لا يمنع من الدعوى، لما في المحيط قال: لا دين لي على أحد ثم ادعى على رجل ديناً صح لاحتمال وجوبه بعد الإقرار اهـ.

أقول: لكن فيه أن هذا الاحتمال يصدق في الدعاوى كلها أو أكثرها بعد الإبراء العام مع أنها لا تسمع. والصواب التعليل بعدم صحة الإبراء للمجهول. تأمل. وفيه أيضاً: وقوله هو بريء مما لي عنده إخبار عن ثبوت البراءة لا إنشاء.

وفي الخلاصة: لا حق لي قبله، فيدخل فيه كل عين ودين وكفالة وإجارة وجناية وحد اهـ. وفي الأصل: فلا يدعي إرثاً ولا كفالة نفس أو مال ولا ديناً أو مضاربة أو شركة أو وديعة أو ميراثاً أو داراً أو عبداً أو شيئاً من الأشياء حادثاً بعد البراءة اهـ. فما في شرح المنظومة عن المحيط: أبرأ أحد الورثة الباقي ثم ادعى التركة وأنكروا لا تسمع دعواه، وإن أقروا بالتركة أمروا بالرد عليه اهـ. ظاهر فيما إذا لم تكن البراءة عامة لما علمته، ولما سنذكر أنه لو أبرأه عامة ثم أقر بعده بالمال المبرأ به لا يعود بعد سقوطه.

وفي العمادية: قال ذو اليد ليس هذا لي أو ليس ملكي أو لا حق لي فيه أو نحو ذلك ولا منازع له حينئذ ثم ادعاه أحد فقال ذو اليد هو لي فالقول له، لأن الإقرار لمجهول باطل، والتناقض إنما يمنع إذا تضمن إبطال حق على أحد اهـ. ومثله في الفيض وخزانة المفتين. فبهذا علمت الفرق بين أبرأتك أو لا حق لي قبلك وبين قبضت تركة مورثي أو كل من عليه دين فهو بريء ولم يخاطب معيناً، وعلمت بطلان فتوى بعض أهل زماننا بأن إبراء الوارث وارثاً آخر إبراء عاماً لا يمنع من دعوى شيء من التركة. وأما عبارة البزازية - أي التي قدمناها فأصلها معزو إلى المحيط، وفيه نظر ظاهر، ومع ذلك لم يقيد الإبراء بكونه لمعين أو لا، وقد علمت اختلاف الحكم في ذلك.

ثم إن كان المراد به اجتماع الصلح المذكور في المتون والشروح في مسألة التخارج مع البراءة العامة لمعين فلا يصح أن يقال فيه لا رواية فيه. كيف وقد قال قاضيخان: اتفقت الروايات على أنه لا تسمع الدعوى بعده إلا في حادث، وإن كان المراد به الصلح والإبراء بنحو قوله قبضت تركة مورثي ولم يبق لي فيها حق إلا استوفيته فلا يصح قوله لا رواية فيه أيضاً لما قدمنا من النصوص على صحة دعواه بعده.

واتفقت الروايات على صحة دعوى ذي اليد المقر بأن لا ملك له في هذا العين عند عدم المنازع. والذي يتراءى أن المراد من تلك العبارة الإبراء لغير معين مع ما فيه.

ولو سلمنا أن المراد به المعين وقطعنا النظر عن اتفاق الروايات على منعه من

الدعوى بعده فهو مباين لما في المحيط عن المبسوط والأصل والجامع الكبير ومشهور الفتاوى المعتمدة كالخانية والخلاصة فيقدم ما فيها ولا يعدل عنها إليه.

وأما في الأشباه والبحر عن القنية: افترق الزوجان وأبرأ كل صاحبه عن جميع الدعاوى وللزوج أعيان قائمة لا تبرأ المرأة منها، وله الدعوى لأن الإبراء إنما ينصرف إلى الديون لا الأعيان اهـ. فمحمول على حصوله بصيغة خاصة كقوله أبرأتها عن جميع الدعاوى مما لي عليها، فيختص بالديون فقط لكونه مقيداً بما لي عليها، ويؤيده التعليل، ولو بقي على ظاهره فلا يعدل عن كلام المبسوط والمحيط وكافي الحاكم المصرح بعموم البراءة لكل من أبرأه إبراء عاماً إلى ما في القنية اهـ. هذا حاصل ما ذكره الشرنبلالي في رسالته المذكورة، ومن رام الزيادة فليرجع إليها.

قال الشارح في شرحه على الملتقى: وأما لو قال أبرأتك عنها أو عن خصومتي فيها فإنه باطل، وله أن يخاصم، كما لو قال لمن بيده عبد برئت منه فإنه يبرأ، ولو قال أبرأتك لا لأنه أبرأه عن ضمانه كما في الأشباه من أحكام الدين.

قلت: ففرقوا بين أبرأتك وبرئت وأنا بريء، لإضافة البراءة لنفسه فتعم، بخلاف أبرأتك لأنه خطاب الواحد فله مخاصمة غيره كما في حاشيتها معزياً للولوالجية.

ومن المهم ما في العمادية من الفصل السابع عن دعوى الخانية: اتفقت الروايات أن قوله لا دعوى لي قبل فلان أو لا خصومة لي قبله يمنع الدعوى، إلا في حق حادث بعد البراءة كقوله برئت من هذا العبد أو خرجت منه أو لا ملك لي فيه فإنه يمنع دعواه اهـ قوله لا حق لي قبله فإنه يعم كل عين ودين وكفالة وغيرها مطلقاً، لأن لا حق نكرة في النفي والنكرة في النفي تعم. كذا أطلقه محشي الأشباه وغيره.

قلت: وهذا قضاه إلا الظهر على ما قدمته قبيل الصلح، فتأمل. وكما لو أبرأه عن الدعاوى فإنه يعم كلها، إلا إذا ادعى مالاً إرثاً عن أبيه ولم يعلم بموته وقت الإبراء تسمع دعواه، لا إن علم كما في البزازية من الرابع عشر في دعوى الإبراء، ووقع فيها[1] بكرامي وفي غيرها بترك جواب الشرط فليتنبه لذلك. كذا أفاده الخانوتي في فتاويه. وذكر أن معنى الإبراء العام أن يكون للعموم مطلقاً لا بقيد تركته أو تركتها فلا يحتاج لما استثناه في الأشباه لأنه مخصص بتركة والده، وقد قدمنا عدم سماعها ولو بالإرث حيث علم بموت مورثه، إلا أن تخص المسألة المستثناة بمسألة الوصي دون الوارث، فتأمل. قال: وذلك كله حيث لم تكن البراءة والإقرار بعد دعوى بشيء خاص ولم يعمم بأن يقول أية دعوة

---

(1) في ط (قوله ووقع فيها الخ) متعلقا بالأصل.

كانت أو ما يفيد ذلك، لما في البزازية أيضاً بعد قوله السابق. قوله: وفي المنية: ادعى عليه دعاوى معينة ثم صالحه وأقر أنه لا دعوى له عليه ثم ادعى عليه حقاً تسمع، ويحمل إقراره على الدعوى الأولى، إلا إذا عمم وقال أية دعوة كانت، ونحوه كلا خصومة بوجه من الوجوه كما ذكره في الصلح: أي ونحوه مما يفيد العموم زائداً على قوله لا دعوى له، وبهذا ظهر اضمحلال توهم تناقض كلامهم، لأن من صرح بعدم سماعها بعد الإبراء العام المطلق صرح بسماعها بعد إبراء الوارث وغيره، لكن في محال مختلفة، وبهذا صارت مؤتلفة وبالله التوفيق. انتهى ما في شرح الملتقى. وقدمنا قبيل الإقرار عند قوله والتناقض في موضع الخفاء عفو خلاصة ما حرره سيدي الوالد رحمه الله تعالى في رسالته إعلام الأعلام بأحكام الإبراء العام التي وفق فيها بين عبارات متعارضة، ودفع ما فيها من المناقضة، فارجع إليها فإنها مفيدة في بابها، كافية لطلابها

والذي تحرر فيها في خصوص مسألتنا: أن الابن إذا أشهد على نفسه أنه قبض من وصيه جميع تركة والده ولم يبق له منها قليل ولا كثير إلا استوفاه ثم ادعى داراً في يد الوصي وقال هذه من تركة والدي تركها ميراثاً لي ولم أقبضها فهو على حجته، وتقبل بينته كما نص عليه في آخر أحكام الصغار للأستروشني معزياً للمنتقى، وكذا في الفصل الثامن والعشرين من جامع الفصولين، وكذا في أدب الأوصياء في كتاب الدعوى معزياً إلى المنتقى والخانية والعتابية مصرحين بإقرار الصبي بقبضه من الوصي، فليس إلا إقرار المجهول كما ادعاه الشرنبلالي.

وممن نص على ذلك التصريح أيضاً العلامة ابن الشحنة في شرح الوهبانية وذكر الجواب عن مخالفة هذا الفرع لما أطبقوا عليه من عدم سماع الدعوى بعد الإبراء العام بأن الظاهر أنه استحسان.

ووجهه أن الابن لا يعرف ما تركه أبوه على وجه التفصيل غالباً، فاستحسنوا سماع دعواه اهـ. ولهذا جعل صاحب الأشباه المسألة مستثناة من ذلك العموم الذي أطبقوا عليه، وهذا بخلاف إقرار بعض الورثة بقبض ميراثه من بقية الورثة وإبرائه لهم فإنه لا تسمع دعواه، خلافاً لما أفتى به الخير الرملي مستنداً إلى ما لا يدل له كما أوضحه سيدي الوالد رحمه الله تعالى في رسالته المذكورة، فلا يعدل عما قالوه لعدم النص في ذلك.

فالحاصل: الفرق بين إقرار الابن للوصي وبين إقرار بعض الورثة للبعض، لما في البزازية عن المحيط: لو أبرأ أحد الورثة الباقي ثم ادعى التركة وأنكروا لا تسمع دعواه، وإن أقروا بالتركة أمروا بالرد عليه اهـ.

ووجه الفرق بينهما أن الوصي هو الذي يتصرف في مال اليتيم بلا اطلاعه، فيعذر

وستحققه في الصلح

(أقر) رجل **(بمال في صك وأشهد عليه)** به **(ثم ادعى أن بعض هذا المال)** المقر به **(قرض وبعضه ربا عليه، فإن أقام على ذلك بينة تقبل)** وإن كان متناقضاً لأنا نعلم أنه مضطر إلى هذا الإقرار. شرح وهبانية.

قلت: وحرر شارحها الشرنبلالي أنه لا يفتى بهذا الفرع لأنه لا عذر لمن أقر، غايته أن يقال: بأنه يحلف المقر له على قول أبي يوسف المختار للفتوى في هذه ونحوها اهـ. قلت: وبه جزم المصنف فيمن أقر، فتدبر.

إذا بلغ وأقر بالاستيفاء منه لجهله، بخلاف بقية الورثة فإنهم لا تصرف لهم في ماله ولا في شيء من التركة إلا باطلاع وصيه القائم مقامه فلم يعذر بالتناقض، ومن أراد زيادة بيان ورفع الجهالة فعليه بتلك الرسالة ففيها الكفاية لذوي الدراية، وبه علم أن ما كان ينبغي للمصنف أن يذكر ما في البزازية متناً. وأما ما سيجيء آخر الصلح فليس فيه إبراء عام، وأما الأمر بالرد فقد بينا وجهه قريباً فلا تنسه، فتدبر. قوله: **(وستحققه في الصلح)** كان عليه أن يقول: وستحقق خلافه، لأن جعل الإبراء عن الأعيان مبطلاً لدعواها قضاء، وقد علمت أنه ليس فيه إبراء عام. قوله: **(ربا عليه)** أي على القرض. قوله: **(شرح وهبانية)** أي لابن الشحنة، ومثله في القنية معزياً لعبد القادر في الطبقات عن علاء الدين، وبه أفتى في الحامدية والخير الرملي في فتاويه الخيرية من الدعوى. قوله: **(قلت وحرر الخ)** أقول: يتعين الإفتاء بالمنقول؛ لأنه مضطر، فلا يرد لا عذر لمن أقر لا سيما وقد علمت أنه أفتى بالمتن هؤلاء الأجلاء المتأخرون. قوله: **(لأنه لا عذر لمن أقر)** فيه أن اضطراره إلى هذا الإقرار عذر. قوله: **(غايته أن يقال الخ)** ولأنه لا يتأتى على قول الإمام لأنه يقول بلزوم المال ولا يقبل تفسيره وصل أو فصل. وعندهما: إن وصل قبل وإلا فلا، ولفظة ثم تفيد الفصل فلا يقبل اتفاقاً. شرنبلالي. وقد يمكن يقال معنى يفتى قصده بالبناء ط.

وحاصل ما يقال من تحرير الشرنبلالي: أنه لا فائدة لدعواه أن بعض المقر به ربا إلا تحليف المقر له بناء على قول الثاني إذا ادعى أنه أقر كاذباً يحلف المقر له، وهذه المسألة من أفرادها فلذا قال في هذه ونحوها؛ ولقد أبعد من حمل قول أبي يوسف على الضرورة فقط كما في هذه المسألة كما مر قبيل الاستثناء، ولا تنس ما قدمناه في شتى القضاء. فتحصل أن المفتى به هو القول الذي مشى عليه المصنف. قوله: **(بأنه يحلف المقر له)** على أنه لم يكن بعضه ربا بل كله دين ثابت في ذمته شرعاً. قوله: **(وبه)** أي بقول أبي يوسف فيمن أقر: أي قبيل الاستثناء، وفي بعض النسخ فيما مر.

قال سيدي الوالد رحمه الله تعالى: ويمكن التوفيق بين الكلامين بأن يقال: إن قامت البينة على إقراره بالمال ينبغي أن لا تسمع دعواه أن بعضه ربا، وإن قامت على أن بعضه

(أقر بعد الدخول) من هنا إلى كتاب الصلح ثالث في نسخ المتن ساقط من نسخ الشرح (أنه طلقها قبل الدخول لزمه مهر) بالدخول (ونصف) بالإقرار.

(أقر المشروط له الريع) أو بعضه (أنه) أي ريع الوقف (يستحقه فلان دونه صح) وسقط حقه

وما تقبل، فتأمل. قوله: (من نسخ الشرح) أي المنح. قوله: (لزمه مهر بالدخول) فيه أن إقراره بعد الدخول أنه طلقها قبل الدخول إقرار بالزنا، وليس فيه شبهة دارئة للحد، لا شبهة فعل ولا شبهة محل ولا شبهة عقد، إذا لم تذكر الموطوءة بعد الطلاق قبل الدخول في واحدة منها ولا عدة عليها فكيف يلزمه المهر، وقد تتبعت المجمع وغيره فلم أر فيه سوى مسألة واحدة في فصل المهر وهي: لو أزال عذرتها بدفع وطلقها قبل الدخول فعليه نصفه، وأفتى بكله.

وفي متن المواهب أخرى وتقدمت منا في باب العدة وهي: لو أقر بطلاقها منذ سنين فكذبته أو قالت لا أدري تعتد من وقت الإقرار وتستحق النفقة والسكنى، وإن صدقته اعتدت من حين الطلاق. وقيل الفتوى على وجوبها من وقت الإقرار بلا نفقة اهـ. قال الشارح: غير أنه إن وطئها لزمه مهران، ولا نفقة ولا كسوة ولا سكنى لها لقبول قولها على نفسها. خانية.

قال: ثم لو وطئها حد: أي بعد الثبوت والظهور. وأفاد في البحر أنه بعد العدة لعدم الحد بوطء المعتدة اهـ. تأمل وراجع. وقد يقال: إنما سقط الحد هنا لعدم الإقرار بالزنا أربعاً صريحاً، فتأمل. قوله: (وسقط حقه) قيل عليه الإقرار على الراجح إخبار، وبنوا عليه أنه إذا أقر بشيء ولم يكن مطابقاً لنفس الأمر لا يحل للمقر له أخذه، فغاية ما حصل بالإقرار المؤاخذة به ظاهراً، والسؤال إنما هو عن سقوط الحق حقيقة فأين هذا من ذلك؟ لكن الإقرار باستحقاق فلان الريع لا يستلزم الإقرار بكونه هو الموقوف عليه كما قد يتوهم، كما يأتي تتمته قريباً مع بيان ما فيه عند قوله: ولو كتاب الوقف بخلافه.

قال سيدي الوالد رحمه الله تعالى. قوله (وسقط حقه) الظاهر أن المراد سقوطه ظاهراً، فإذا لم يكن مطابقاً للواقع لا يحل للمقر له أخذه: ثم إن هذا السقوط ما دام حياً، فإذا مات عاد على ما شرط الواقف.

قال السائحاني في مجموعته: وفي الخصاف قال المقر له بالغلة عشر سنوات من اليوم لزيد، فإن مضت رجعت للمقر له، فإن مات المقر له أو المقر قبل مضيها ترجع الغلة على شرط الواقف، فكأنه صرح ببطلان المصادقة بمضي المدة أو موت المقر.

وفي الخصاف أيضاً: رجل وقف على زيد وولده ثم للمساكين فأقر زيد به وبأنه على بكر ثم مات زيد يبطل إقراره لبكر.

ولو كتاب الوقف بخلافه

وفي الحامدية: إذا تصادق جماعة الوقف ثم مات أحدهم عن ولد فهل تبطل مصادقة الميت في حقه؟ الجواب: نعم. ويظهر لي من هذا أن من منع عن استحقاقه بمضي المدة الطويلة إذا مات فولده يأخذ ما شرطه الواقف له؛ لأن الترك لا يزيد على صريح المصادقة، ولأن الولد لم يتملكه من أبيه وإنما تملكه من الواقف ا هـ.

أقول: اغتر كثيراً بهذا الإطلاق وأفتوا بسقوط الحق بمجرد الإقرار. والحق الصواب أن السقوط مقيد بقيود يعرفها الفقيه.

قال العلامة الكبير الخصاف: أقر فقال غلة هذه الصدقة لفلان دوني ودون الناس جميعاً بأمر حق واجب ثابت لازم عرفته ولزمني الإقرار له بذلك، قال أصدقه على نفسه وألزم ما أقر به ما دام حياً، فإذا مات ردت الغلة إلى من جعلها الواقف له؛ لأنه لما قال ذلك جعلته كأن الواقف هو الذي جعل ذلك للمقر له. وعلله أيضاً بقوله لجواز أن الواقف قال إن له أن يزيد وينقص وأن يخرج وأن يدخل مكانه من رأى فيصدق زيد على حقه ا هـ.

أقول: يؤخذ من هذا أنه لو علم القاضي أن المقر إنما أقر بذلك لأخذ شيء من المال من المقر له عوضاً عن ذلك لكي يستبد بالوقف أن ذلك الإقرار غير معمول به، لأنه إقرار خال عما يوجب تصحيحه مما قاله الإمام الخصاف وهو الإقرار في زماننا فتأمله، ولا حول ولا قوة إلا بالله بيري. أي لو علم أنه جعله لغيره ابتداء لا يصح كما تقدم في الوقف.

أقول: وإنما قال أصدقه على نفسه الخ لأنه إذا كان الوقف على زيد وأولاده ونسله ثم على الفقراء فأقر زيد بأن الوقف عليهم وعلى هذا الرجل لا يصدق على ولده ونسله في إدخال النقص عليهم، بل تقسم الغلة على زيد وعلى من كان موجوداً من ولده ونسله، فما أصاب زيداً منها كان بينه وبين المقر له ما دام زيد حياً، فإذا مات بطل إقراره ولم يكن للمقر له حق؛ وإن كان الوقف على زيد ثم من بعده على الفقراء فأقر زيد بهذا الإقرار لهذا الرجل شاركه الرجل في الغلة ما دام حياً، فإذا مات زيد كانت للفقراء ولم يصدق زيد عليهم؛ وإن مات الرجل المقر له وزيد حي فنصف الغلة للفقراء والنصف لزيد، فإذا مات زيد صارت الغلة كلها للفقراء ا هـ خصاف ملخصاً. وتمام الكلام على ذلك في التنقيح لسيدي الوالد رحمه الله تعالى مع فوائد نفيسة، وقد مر في الوقف فراجعه. قوله: (ولو كتاب الوقف بخلافه) حملاً على أن الواقف رجع عما شرطه وشرط ما أقر به المقر ذكره الخصاف في باب مستقل. أشباه.

أقول: لم أر شيئاً منه في ذلك الباب، وإنما الذي فيه ما نقله البيري آنفاً، وليس فيه

(ولو جعله لغيره) أو أسقطه لا لأحد (لم يصح

التعليل بأنه رجع عما شرطه، ولذا قال الحموي: إنه مشكل لأن الوقف إذا لزم لزم ما في ضمنه من الشروط إلا أن يخرج على قول الإمام بعدم لزومه قبل الحكم ويحمل كلامه على وقف لم يسجل ا هـ ملخصاً.

قلت: ويؤيده ما مر عن الدرر قبيل قول المصنف اتحد الواقف والجهة، وهذا التأويل يحتاج إليه بعد ثبوت النقل عن الخصاف والله تعالى أعلم.

والإقرار باستحقاق غلات الوقف لا يستلزم الإقرار بكونه هو الموقوف عليه حقيقة كما قد يتوهم، ويصح الإقرار مع كون المقر هو الموقوف عليه؛ ألا ترى أن الوقف لو كان بستاناً وقد أثمر فأقر الموقوف عليه بأن زيداً هو المستحق لهذه الثمرة صح الإقرار بطريق أنه باعه تلك الثمرة، أما جعلها له بطريق التمليك فلا يملكه لكونه تمليك الثمر بدون الشجر، إذ الاتصال بملك الواهب مخل بالقبض الذي هو شرط تمام التمليك ا هـ.

قال الحموي: وفيه تأمل. ووجهه أن بين ثمرة البستان وريع الوقف فرقاً، وهو أن الثمرة عين موجودة يمكن قسمتها وتناولها، فالإقرار به للغير يحمل على التمليك بطريق البيع وهو صحيح مطلقاً، وجعلها للغير تمليك لا بطريق البيع بل بطريق الهبة، وهبة المشاع قبل قسمته باطلة. وأما ريع الوقف فهو ما يخرج منه من أجرة وغيرها، فالإقرار بها للغير لا يكون بطريق البيع. قوله: (ولو جعله لغيره) بأن أنشأ الجعل من غير إسقاط لتحسن المقابلة بينه وبين. قوله (أو أسقطه الخ) لأنه إسقاط لمجهول فلا يسقط حقه. قوله: (لم يصح) أي لا يصح أن يصير لغيره، لأن تصحيح الإقرار إنما هو معاملة له بإقراره على نفسه من حيث ظاهر الحال تصديقاً له في إخباره مع إمكان تصحيحه حملاً أن الواقف هو الذي جعل ذلك للمقر له كما مر.

أما إذا قال المشروط له الغلة أو النظر جعلت ذلك لفلان لا يصح لأنه ليس له ولاية إنشاء ذلك من تلقاء نفسه، وفرق بين الإخبار والإنشاء. نعم لو جعل النظر لغيره في مرض موته يصح إذا لم يخالف شرط الواقف لأنه يصير وصياً عنه، وكذا لو فرغ عنه لغيره وقرر القاضي ذلك الغير يصح أيضاً لأنه يملك عزل نفسه، والفراغ عزل، ولا يصير المفروغ له ناظراً بمجرد الفراغ بل لا بد من تقرير القاضي كما قرر سابقاً، فإذا قرر القاضي المفروغ له صار ناظراً بالتقرير لا بمجرد الفراغ، وهذا غير الجعل المذكور هنا، فافهم.

وأما جعل الريع لغيره فقال ط: إن كان الجعل بمعنى التبرع لغيره بأن يوكله ليقبضه ثم يأخذه لنفسه فلا شبهة في صحة التبرع به، وإن كان بمعنى الإسقاط فقال في الخانية: إن الاستحقاق المشروط كإرث لا يسقط بالإسقاط ا هـ.

وكذا المشروط له النظر على هذا) كما مر في الوقف.

قلت: ما عزاه للخانية الله أعلم بثبوته فراجعها. نعم المنقول في الخانية ما سيأتي، وقد فرق في الأشباه في بحث ما يقبل الإسقاط من الحقوق بين إسقاطه لمعين ولغير معين، وذكر ذلك في جملة مسائل كثر السؤال عنها ولم يجد فيها نقلاً فقال: إذا أسقط المشروط له الريع حقه لا لأحد لا يسقط كما فهمه الطرسوسي، بخلاف ما إذا أسقط حقه لغيره انتهى: أي فإنه يسقط، لكنه ذكر أنه لا يسقط مطلقاً في رسالته المؤلفة في بيان ما يسقط من الحقوق وما لا يسقط أخذاً مما في شهادات الخانية: من كان فقيراً من أصحاب المدرسة يكون مستحقاً للوقف استحقاقاً لا يبطل بإبطاله، فلو قال أبطلت حقي كان له أن يأخذه انتهى.

قلت: لكن لا يخفى أن ما في الخانية إسقاط لا لأحد. نعم ينبغي عدم الفرق إذ الموقوف عليه الريع إنما يستحقه بشرط الواقف، فإذا قال أسقطت حقي منه لفلان أو جعلته له يكون مخالفاً لشرط الواقف حيث أدخل في وقفه من لم يرضه الواقف لأن هذا إنشاء استحقاق، بخلاف إقراره بأنه يستحقه فلان فإنه إخبار يمكن تصحيحه كما مر. ثم رأيت الخير الرملي أفتى بذلك، وقال بعد نقل ما في شهادات الخانية: وعلنا في وقف المدرسة فكيف في الوقف على الذرية المستحقين بشرط الواقف من غير توقف على تقرير الحاكم، وقد صرحوا بأن شرط الواقف كنص الشارع فأشبه الإرث في عدم قبوله الإسقاط، وقد وقع لبعضهم في هذه المسألة كلام يجب أن يحذر انتهى.

فإن قلت: إذا أقر المشروط له الريع أو بعضه أنه لا حق له فيه وأنه يستحقه فلان هل يسقط حقه؟ قلت: نعم، ولو كان مكتوب الوقف بخلافه كما ذكره الخصاف في باب مستقل.

فرع في إقرار الإسماعيلية فيمن أقرت بأن فلاناً يستحق ريع ما يخصها من وقف كذا في مدة معلومة بمقتضى أنها قبضت منه مبلغاً معلوماً فالإقرار باطل، لأنه بيع الاستحقاق المعدوم وقت الإقرار بالمبلغ المعين، وإطلاق قولهم لو أقر المشروط له الريع أنه يستحقه فلان دونه يصح ولو جعله لغيره لم يصح يقضي ببطلانه فإن الإقرار بعوض معاوضة.

قوله: (وكذا المشروط له النظر على هذا) يعني لو أقر أنه يستحقه فلان دونه صح، ولو جعله لغيره لم يصح. كذا في شرح تنوير الأذهان. فلو أقر الناظر أن فلاناً يستحق معه نصف النظر مثلاً يؤاخذ بإقراره ويشاركه فلان في وظيفته ما داما حيين.

بقي لو مات أحدهما، فإن كان هو المقر فالحكم ظاهر، وهو بطلان الإقرار وانتقال النظر لمن شرطه له الواقف بعده. وأما لو مات المقر له فهي مسألة تقع كثيراً، وقد سئل عنها سيدي الوالد رحمه الله تعالى مراراً. وأجاب عنها في تنقيح الحامدية بأن الذي يقتضيه النظر بطلان الإقرار أيضاً، لكن لا تعود الحصة المقر بها إلى المقر لما مر، وإنما يوجهها

وذكره في الأشباه ثمة رهنا، وفي الساقط لا يعود فراجعه.

(القصص المرفوعة إلى القاضي لا يؤاخذ رافعها بما كان فيها من إقرار وتناقض) لما قلنا في القضاء أنه لا يؤاخذ بما فيها **(إلا إذا أقر)** بلفظه صريحاً.

(قال له علي ألف في علمي أو فيما أعلم أو أحسب أو أظن لا شيء عليه) خلافاً للثاني في الأول. قلنا: هي للشك عرفاً. نعم لو قال قد علمت لزمه اتفاقاً.

القاضي للمقر أو لمن أراد من أهل الوقف، لأنا صححنا إقراره حملاً على أن الواقف هو الذي جعل ذلك للمقر له كما مر عن الخصاف، فيصير كأنه جعل النظر لاثنين ليس لأحدهما الانفراد. وإذا مات أحدهما أقام القاضي غيره، وليس للحي الانفراد إلا إذا أقامه القاضي كما في الإسعاف انتهى. ولا يمكن هنا القول بانتقال ما أقر به إلى المساكين كما في الإقرار بالغلة، إذا لا حق لهم في النظر وإنما حقهم في الغلة فقط، هذا ما حرره وقال: ولم أر من نبه عليه، فاغتنمه. قوله: (وذكره في الأشباه ثمة رهنا) أي عند قوله يملك الإقرار من لا يملك الإنشاء حيث قال: وعلى هذا لو أقر المشروط له الريع أنه يستحقه فلان دونه صح، ولو جعله له لم يصح اهـ. قوله: (وفي الساقط لا يعود فراجعه) عبارته هناك. قال قاضيخان في فتاويه من الشهادات في الشهادة بوقف المدرسة: إن من كان فقيراً من أهل المدرسة إلى آخر ما قدمناه قريباً. قوله: (القصص المرفوعة) في عرض حال ونحوه من المكتوب. قوله: (لا يؤاخذ) أي القاضي صاحبها بما فيها من إقرار ونحوه، لأنه لا عبرة بمجرد الخط فافهم. قوله: (في الأول) هو قوله في علمي، وظاهره أنه لا خلاف في قوله فيما أعلم مع أنه بمعناه، إذ قوله في علمي: أي معلومي. قوله: (لزمه اتفاقاً) لأن قد في مثله للتحقيق ط.

قال في الكافي: من قال لفلان علي ألف درهم فيما أعلم أو قال في علمي لزمه المال، وقالا: لا يلزمه له أنه أثبت العلم بما أقر به فيوجب تأكيده كما لو قال قد علمت. ولهما أن التشكيك يبطل الإقرار، فقوله فيما أعلم يذكر للشك عرفاً فصار كقوله فيما أحسب وأظن، بخلاف قوله قد علمت لأنه للتحقيق اهـ.

والحاصل: أن الشك عندنا هو التردد بين الطرفين مطلقاً كان أحدهما راجحاً أو مرجوحاً فيكون شاملاً للظن، فالراجح هو الظن والمرجوح هو الوهم عند أهل المعقول، وغالب الظن هو الطرف الراجح الذي يكون قريباً من الجزم وفوق الظن، وهو عندهم ملحق باليقين. قال في الهندية في الباب الثاني من الإقرار: ولو قال لفلان علي ألف درهم فيما أعلم أو في علمي أو فيما علمت. قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: هذا باطل كله. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: هو إقرار صحيح.

وأجمعوا على أنه لو قال علمت أن لفلان علي ألف درهم أو قال لفلان علي ألف

(قال غصبنا ألفاً) من فلان (ثم قال كنا عشرة أنفس) مثلاً (وادعى الغاصب) كذا في نسخ المتن، وقد علمت سقوط ذلك من نسخ الشرح، وصوابه: وادعى الطالب كما عبر به في المجمع. وقال شراحه: أي المغصوب منه (إنه هو وحده غصبها (لزمه الألف كلها) وألزمه زفر بعشرها. قلنا: هذا الضمير يستعمل في الواحد، والظاهر أنه يخبر بفعله دون غيره، فيكون. قوله: كنا عشرة رجوعاً فلا يصح نعم لو قال غصبناه كلنا صح اتفاقاً لأنه لا يستعمل في الواحد.

(قال) رجل (أوصى أبي بثلث ماله لزيد بل لعمرو بل لبكر، فالثالث للأول وليس لغيره شيء) وقال زفر: لكل ثلثه وليس للابن شيء. قلنا: نفاذ الوصية في الثلث وقد أقر به للأول فاستحقه فلم يصح رجوعه بعد ذلك للثاني بها، بخلاف الدين لنفاذه من الكل. الكل من المجمع.

فروع: أقر بشيء ثم ادعى الخطأ لم يقبل، إلا إذا أقر بالطلاق بناء على إفتاء

درهم وقد علمت ذلك أن ذلك إقرار صحيح، كذا في الذخيرة: ولو قال له عليّ ألف درهم فيما أظن أو فيما ظننت أو فيما أحسب أو فيما حسبت أو فيما أرى أو فيما رأيت فهو باطل. كذا في المبسوط اهـ. وفي البزازية: وفيما علمت يلزم.

وفي الخانية قال: علمي أن لفلان عليّ ألف درهم كان إقراراً في قولهم، وله عليّ ألف في شهادة فلان أو في علمه لا يلزم شيء، وبشهادة فلان أو بعلمه كان إقراراً، لأن حرف الباء للإلصاق فيقتضي وجود الملصق به. وفي قضاء فلان القاضي أو المحكم برضانا يلزمه المال. قوله: (مثلاً) فالمراد أنه أشرك معه غيره ولو واحداً. قوله: (كذا في نسخ المتن) أي بعضها وفي بعض نسخ المتن: المغصوب منه. قوله: (وألزمه زفر بعشرها) لأنه أضاف الإقرار إلى نفسه وإلى غيره فيلزمه بحصته. قال في الكافي: وعلى هذا الخلاف لو قال أقرضنا أو أودعنا أو له علينا أو أعارنا. وعلى هذا لو قال: كنا ثلاثة أو أربعة يلزمه الثلث أو الربع اهـ. قوله: (يستعمل في الواحد) قال تعالى: إنا أرسلنا. وإنما قلنا بذلك وإن كان مجازاً لما ذكره من قوله والظاهر. قوله: (وقال زفر لكل ثلثه) لأن إقراره للأول صحيح، ولم يصح رجوعه بقوله بل، وصح إقراره للثاني والثالث فاستحقا وقاسه على مسألة الدين إذا أقر به هكذا. قوله: (لنفاذه من الكل) وقد تقدم قبيل إقرار المريض. قوله: (أقر بشيء ثم ادعى الخطأ لم يقبل) عزاه في المنح إلى الخانية.

قال محشيه الخير الرملي: أقول: وذكر في البزازية من كتاب القسمة في الثاني من دعوى الغلط فيها: وإن ادعى أنه أخذ من حصته شيئاً بعد القسمة يبرهن عليه وإلا حلف عليه، وهذا إذا لم يقر بالاستيفاء، فإن أقر وبرهن على ذلك لا تصح الدعوى إلا على

المفتي ثم تبين عدم الوقوع لم يقع: يعني ديانة. قنية.

إقرار المكره باطل إلا إذا أقر السارق مكرهاً فأفتى بعضهم بصحته. ظهيرية.

الرواية التي اختارها المتأخرون أن دعوى الهزل في الإقرار تصح ويحلف المقر له أنه ما كان كاذباً في إقراره اهـ. وهذا يدل على أنه يقبل ويحلف، اللهم إلا أن يحمل كلام الخانية على أنه لا يقبل في حق البينة، أو أنه على قول أبي حنيفة ومحمد لا على قول أبي يوسف الذي اختاره المتأخرون للفتوى وهو الظاهر، فتأمله هذا.

وقد ذكر في الخانية في باب اليمين الخلاف المذكور. ثم قال: يفوض ذلك إلى رأي القاضي والمفتي فراجعه إن شئت. ثم إنه ذكر في إقرار الخانية هذه العبارة، والشارح هنا تبع في النقل ما في الأشباه والنظائر فإن هذه الفروع منقولة منه فكن على بصيرة.

وفي البحر عن خزانة المفتين: لو أقر بالدين ثم ادعى الإيفاء لا تقبل إلا إذا تفرقا عن المجلس اهـ. قوله: (لم يقع يعني ديانة) أما إذا كان ذلك بين يدي القاضي فلا يصدقه في البناء المذكور كما يؤخذ من مفهومه، وبه صرح في حواشي الأشباه، كما لو أقر أن هذه المرأة أمه مثلاً ثم أراد أن يتزوجها وقال وهمت ونحوه وصدقته المرأة فله أن يتزوجها لأن هذا مما يجري فيه الغلط، وكذا لو طلق امرأة ثلاثاً ثم تزوجها وقال لم أكن تزوجتها حين الطلاق صدق وجاز النكاح. بيري.

فإن قيل: كيف يتبين خلافه أجيب بأنه يحتمل أن يكون المفتي غير ماهر في المذهب فأفتى من أعلم منه بعدم الوقوع، ويحتمل أن المفتي أفتى أولاً بالوقوع من غير تثبت ثم أفتى بعد التثبت بعدمه.

قال في البزازية: ظن وقوع الثلاث بإفتاء من ليس بأهل فأمر الكاتب بصك الطلاق فكتب ثم أفتاه عالم بعدم الوقوع له أن يعود إليها في الديانة لكن القاضي لا يصدقه لقيام الصك اهـ.

ومن فروع هذه المسألة ما في جامع الفصولين: تكلمت فقال هذا كفر وحرمت علي به فتبين أن تلك اللفظة ليس بكفر، فعن النسفي أنها لا تحرم.

وفي مجمع الفتاوى: ادعى على إنسان مالاً أو حقاً في شيء فصالحه على مال ثم تبين أنه لم يكن ذلك المال عليه وذلك الحق لم يكن ثابتاً كان للمدعى عليه حق استرداد ذلك المال. كذا ذكره الحموي. قوله: (فأفتى بعضهم بصحته) ولا يفتى بعقوبة السارق لأنه جور. تجنيس وقهستاني وقد سبق ط.

نقل في كتاب المعرفة عن إكراه البزازية: من المشايخ من أفتى بصحة إقراره بها مكرهاً. قال: وهو الذي يسع الناس وعليه العمل، وإلا فالشهادة على السرقات من أندر الأمور. ونقل عن الزيلعي جواز ذلك سياسة، وينبغي التعويل عليه في زماننا لغلبة

الإقرار بشيء محال وبالدين بعد الإبراء منه باطل ولو بمهر بعد هبتها له على

الفساد. وحكي عن عصام أنه سئل عن سارق ينكر فقال: عليه اليمين، فقال الأمير سارق ويمين، هاتوا بالسوط فما ضربوه عشرة حتى أقر، فأتى بالسرقة فقال: سبحان الله ما رأيت جوراً أشبه بالعدل من هذا. قوله: (الإقرار بشيء محال) كقوله إن فلاناً أقرضني كذا في شهر كذا وقد مات قبله أو أقر له بأرش يده التي قطعها خمسمائة دينار ويداه صحيحتان لم يلزمه شيء كما في حيل التاترخانية.

وعن هذا أفتيت ببطلان إقرار إنسان بقدر من السهام لوارث وهو أزيد من الفريضة الشرعية لكونه محالاً شرعاً، مثلاً لو مات عن ابن وبنت فأقر الابن أن التركة بينهما نصفان بالسوية فالإقرار باطل لما ذكرناه. ولكن لا بد من كونه محالاً من كل وجه، وإلا فقد ذكر في التاترخانية من كتاب الحيل لو أقر أن لهذا الصغير علي ألف درهم قرضاً أقرضنيه أو من ثمن مبيع باعنيه صح الإقرار مع أن الصبي ليس من أهل البيع والقرض ولا يتصور أن يكون منه، لكن إنما يصح باعتبار أن هذا المقر محل لثبوت الدين للصغير عليه في الجملة اهـ.

أقول: قال المحشي الحموي: هل منه ما إذا أقرت عقب العقد أن مهرها لزيد مثلاً. قال في شرح المنظومة والقنية: إذا أقرت وقالت المهر الذي لي على زوجي لفلان أو لوالدي فإنه لا يصح اهـ.

ويؤخذ من هذا واقعة الفتوى أن الرجل لو أقر لزوجته بنفقة مدة ماضية هي فيها ناشزة ومن غير سبق قضاء أو رضا وهي معترفة بذلك فإقراره باطل لكونه محالاً شرعاً.

قال بعض الفضلاء: وقد أفتيت أخذاً من ذلك بأن إقرار أم الولد لمولاها بدين لزمها بطريق شرعي باطل شرعاً، وإن كتب به وثيقة لعدم تصور دين للمولى على أم ولده إذ الملك له فيها كامل والمملوك لا يكون عليه دين لمالكه اهـ.

وفي الحموي أن عدم صحة إقرار المرأة بالمهر الذي لها على زوجها لوالدها لكونه هبة دين لغير من عليه الدين، ومنه ما إذا أقر أنه باع عبده من فلان ولم يذكر الثمن ثم جحد صح جحوده، لأن الإقرار بالبيع بغير ثمن باطل كما في قاضيخان، وهو إحدى روايتين كما في الولوالجية. ومنه إذا زوج بنته ثم طلبوا منه أن يقر بقبض شيء من الصداق فالإقرار باطل لأن أهل المجلس يعرفون أنه كذب. الولوالجية.

قال في البيري: يؤخذ منه حكم كثير من مسائل الإقرار الواقعة في زماننا. قوله: (وبالدين بعد الإبراء منه الخ) قيد به لأن إقراره بالعين بعد الإبراء العام صحيح مع أنه أمن الأعيان في الإبراء العام كما صرح به في الأشباه. وتحقيق الفرق في رسالة الشرنبلالي في الإبراء العام.

. . . .

قال الطحطاوي: صورة المسألة: وهبت لزوجها مهرها ثم أقر به بعد الهبة لا يصح إقراره. وهذا لا ينافي ما ذكره العلامة عبد البر نقلاً عن الخلاصة والصغرى قال: رجل أقر لامرأته بمهر ألف درهم في مرض موته ومات ثم أقامت الورثة البينة أن المرأة وهبت مهرها من زوجها في حياة الزوج لا تقبل لاحتمال الإبانة والإعادة على المهر المذكور، لكن في فصول العمادي ما يقتضي أن الإقرار إنما يصح بمقدار مهر المثل اهـ ملخصاً. ثم نقلاً عن المصنف أن الهبة في المهر تخالف الإبراء، فلو أبرأته منه ثم أقر به لا يصح إقراره. انتهت عبارة الطحطاوي.

قال في جامع الفصولين: برهن أنه أبرأني عن هذه الدعوى ثم ادعى المدعي ثانياً أنه أقر لي بالمال بعد إبرائي، فلو قال المدعى عليه أبرأني وقبلت الإبراء وقال صدقته فيه لا يصح الدفع: يعني دعوى الإقرار، ولو لم يقله يصح الدفع لاحتمال الرد، والإبراء يرتد بالرد فيبقى المال عليه، بخلاف قبوله إذ لا يرتد بالرد بعده اهـ. لكن كلامنا في الإبراء عن الدين، وهذا في الإبراء عن الدعوى.

وفي الرابع والعشرين من التاترخانية: ولو قال أبرأتك مما لي عليك فقال علي ألف قال صدقت فهو بريء استحساناً. لا حق لي في هذه الدار فقال كان لك سدس فاشتريته منك فقال لم أبعه فله السدس، ولو قال خرجت من كل حق لي في هذه الدار أو برئت منه إليك أو أقررت لك فقال الآخر اشتريتها منك فقال لم أقبض الثمن فله الثمن اهـ.

وفيها عن العتابية: ولو قال لا حق لي قبله بريء من كل عين ودين، وعلى هذا لو قال فلان بريء مما لي قبله دخل المضمون والأمانة، ولو قال هو بريء مما لي عليه دخل المضمون دون الأمانة، ولو قال هو بريء مما لي عنده فهو بريء من كل شيء أصله أمانة، ولا يبرأ عن المضمون، ولو ادعى الطالب حقاً بعد ذلك وأقام بينة: فإن كان أرخ بعد البراءة تسمع دعواه وتقبل بينته، وإن لم يؤرخ فالقياس أن تسمع ويحمل على حق وجب بعدها. وفي الاستحسان: لا تقبل بينته انتهى. قال بعض الفضلاء بعد أن ذكر عبارة جامع الفصولين المذكورة: فهذا أولى بالاستثناء مما ذكره وسيذكره المصنف في بيان الساقط لا يعود، وبحث فيه بعض الفضلاء بأنه لا أولوية ولا مساواة عند التأمل، لأن هنا إنما صحت دعواه لاحتمال الرد كما اعترف به. وأما ما استثناه المصنف فالمقصود بالهبة الهبة المعتبرة شرعاً المشتملة على الإيجاب والقبول وشرط الصحة واللزوم لأنها عند الإطلاق تنصرف إلى الكاملة.

هذا، وعندي في كون هذا الفرع داخلاً تحت الأصل المذكور في التاترخانية نظر يعرف بالتأمل في كلامهم، لأنه إنما جاز ذلك لأنه يجعل زيادة في المهر، والزيادة في المهر

الأشباه؛ نعم لو ادعى ديناً بسبب حادث بعد الإبراء العام وأنه أقر به يلزمه. ذكره المصنف في فتاويه.

قلت: ومفاده أنه لو أقر ببقاء الدين أيضاً فحكمه كالأول وهي واقعة الفتوى، فتأمل الفعل في المرض أحط من فعل الصحة، إلا مسألة إسناد الناظر النظر لغيره بلا شرط فإنه صحيح في المرض لا في الصحة تتمة. وتمامه في الأشباه

جائزة عندنا. وأما ما وقع الإبراء منه وسقط فلا يعود لأن الساقط لا يعود. وعبارة البزازية تفيد ما قلته بعينه.

قال في المحيط: وهبت المهر منه ثم قال اشهدوا أن لها عليّ مهر كذا فالمختار عند الفقيه أن إقراره جائز، وعليه المهر المذكور إذا قبلت لأن الزيادة لا تصح بلا قبولها. والأشبه أن لا يصح ولا تجعل زيادة بغير قصد الزيادة، فاستثناؤه في غير محله كما لا يخفى. كذا في الحواشي الحموية، ويأتي أواخر الباب إن شاء الله تعالى. قوله: (ذكره المصنف في فتاويه) ونصه: سئل عن رجلين صدر بينهما إبراء عام ثم إن رجلاً منهما بعد الإبراء العام أقر أن في ذمته مبلغاً معيناً للآخر فهل يلزمه ذلك أم لا؟ أجاب: إذا أقر بالدين بعد الإبراء منه لم يلزمه كما في الفوائد الزينية نقلاً عن التاترخانية. نعم إذا ادعى عليه ديناً بسبب حادث بعد الإبراء العام وأنه أقر به يلزمه انتهى. وانظر ما في إقرار تعارض البينات لغانم البغدادي. قوله: (قلت ومفاده) أي مفاد تقييد اللزوم بدعواه بسبب حادث. قوله: (أنه) أي الغريم. قوله: (ببقاء الدين) أي الذي أبرأه منه فليس ديناً حادثاً: أي بأن ما أبرأني منه باق في ذمتي، والفرق بين هذا وبين قوله السابق وبالدين بعد الإبراء منه أنه قال هناك بعد الإبراء لفلان عليّ كذا وفي الثانية قال دين فلان باق عليّ، والحكم فيهما واحد وهو البطلان. تأمل. قوله: (فحكمه كالأول) أي الإقرار بالدين بعد الإبراء منه: أي فإنه باطل. قوله: (الفعل في المرض) كالإقرار فيه بدين وكالتزوج والعتق والهبة والمحاباة. قوله: (أحط من فعل الصحة) فإن الإقرار فيه بدين مؤخر عن دين الصحة والتزوج يتقيد به بمهر المثل وتبطل الزيادة، بخلاف الصحة والعتق وما بعده في المرض تنفذ من الثلث، وفي الصحة من الكل. قوله: (إلا في مسألة إسناد الناظر النظر لغيره) المراد بالإسناد التفويض، فإنه إذا فوضه في صحته لا يصح إلا إذا شرط له التفويض، وإذا فوضه في مرضه صح. قوله: (بلا شرط) أي شرط الواقف التفويض له، أما إذا كان هناك شرط فيستويان. قوله: (تتمة) أي انتهى من التتمة، وهي اسم كتاب.

والحاصل: أن الناظر إذا فوض النظر لغيره فتارة يكون بالشرط وتارة لا، وعلى كل إما في الصحة أو في المرض، وقد تقدم في الوقف فارجع إليه. قوله: (وتمامه في الأشباه)

وفي الوهبانية: [الطويل]

أقرَّ بمهر المثل في ضعف موته ... فبينةُ الإيهاب من قبل لم تُذَرْ

قال فيها بعد عبارة التتمة: وفي كافي الحاكم من باب الإقرار في المضاربة: لو أقر المضارب بربح ألف درهم في المال ثم قال غلطت أنها خمسمائة لم يصدق وهو ضامن لما أقر به انتهى.

اختلفا في كون الإقرار للوارث في الصحة أو في المرض فالقول لمن ادعى أنه في المرض، وفي كونه في الصغر أو البلوغ فالقول لمن ادعى الصغر. كذا في إقرار البزازية: ولو طلق أو أعتق ثم قال كنت صغيراً فالقول له وإن أسند إلى حال الجنون، فإن كان معهوداً قبل، وإلا فلا.

مات المقر فبرهن وارثه على الإقرار ولم يشهدوا له أن المقر له صدق المقر أو كذبه تقبل كما في القنية.

أقر في مرضه بشيء وقال كنت فعلته في الصحة كان بمنزلة الإقرار بالمرض من غير إسناد إلى زمن الصحة.

قال في الخلاصة: لو أقر في المرض الذي مات فيه أنه باع هذا العبد من فلان في صحته وقبض الثمن وادعى ذلك المشتري فإنه يصدق في البيع، ولا يصدق في قبض الثمن إلا بقدر الثلث.

وفي العمادية: لا يصدق على استيفاء الثمن إلا أن يكون العبد قد مات قبل مرضه انتهى. وتمامه في شرح ابن وهبان انتهى. قوله: (أقر بمهر المثل) هو إصلاح بيت الوهبانية لشارحها ابن الشحنة، وبيت الأصل: [الطويل]

مُقِرٌّ بألفٍ مهرَها ماتَ مُشرِفاً ... وثَمَّ وَهَبَتْ من قبلُ ليسَ يُقَبَّلُ

وصورتها: مريض مرض الموت أقر لزوجته بألف مهرها ثم مات فأقامت ورثته بينة أن المرأة وهبت مهرها لزوجها قبل مرضه لا تقبل والمهر لازم بإقراره. وفي فصول العمادي ما يقتضي أن ذلك إذا كان بمقدار مهر المثل، وقد تقدم ذلك قريباً فلا تنسه، وسيأتي قريباً. قال ابن الشحنة: ومسألة البيت من الخلاصة والصغرى.

أقول: وقيد بمهر المثل، إذ لو كان الإقرار بأزيد منه لم يصح، ولا ينافي هذا ما قدمه الشارح من بطلان الإقرار بعد الهبة لاحتمال أنه أبانها ثم تزوجها على المهر المذكور في هذه الصورة. وفيه أن الاحتمال موجود ثمة. تأمل. قوله: (فبينة الإيهاب) أي لو أقامت الورثة البينة ومثله الإبراء كما حققه ابن الشحنة. قوله: (من قبل تهدر) أي البينة في حال الصحة أن المرأة وهبت مهرها من زوجها في حياته لا تقبل، وهذا ظاهر على قول

وَإِسْنَادُ بَيْعٍ فِيهِ لِلصِّحَّةِ اقْبَلَنْ ... وَفِي الْقَبْضِ مِنْ ثُلْثِ التُّرَاثِ يُقَدَّرُ
وَلَيْسَ بِإِشْهَادٍ مُقِرّاً . . . .
. . . . نَعُدُّهُ ... وَلَوْ قَالَ لَا تُخْبِرْ فَمُخْتَلِفٌ يُسْطَرُ

الفقيه الذي اختاره. وأما على المذهب فيظهر لي أن الإقرار بعد الهبة هو المعتبر، لأنهم على ما يظهر فرضوا هذا الخلاف في الصحة فيكون في المرض بالأولى، قال في المنح: أقر بالدين بعد الإبراء منه لم يلزمه إلا إذا أقر لزوجته بمهر بعد هبتها المهر منه على ما اختاره الفقيه ويجعل زيادة على المهر إن قبلت، والأشبه خلافه لعدم قصد الزيادة اهـ. وقد تقدم نحوه قريباً فلا تنسه. قوله: (وإسناد بيع) بالنصب مفعول لاقبلن أو مبتدأ خبره جملة اقبلن. قوله: (فيه) أي في مرض موته. قوله: (اقبلن) أي إذا صدقه المشتري.

وصورة المسألة كما في المنتقى: لو أقر في المرض الذي مات فيه أنه باع هذا العبد من فلان في صحته وقبض الثمن وادعى ذلك المشتري فإنه يصدق في البيع، ولا يصدق في قبض الثمن إلا بقدر الثلث. هذه مسألة النظم إلا أنه أغفل فيه تصديق المشتري ابن الشحنة. وفي الصغرى: لا يصدق على استيفاء الثمن إلا أن يكون العبد قد مات قبل موته اهـ.

أقول: عدم التصديق في القبض يفيد عدم نفاذ المحاباة في هذا البيع، ويشهد له ما في شرح تحفة الأقران: أقر في مرضه بشيء وقال كنت فعلته في الصحة كان بمنزلة الإقرار في المرض من غير إسناد إلى زمن الصحة اهـ. وارجع إلى ما قدمت أوائل إقرار المريض عند قوله وإبرائه مديونه ولا تغفل. قوله: (التراث) أي الميراث. قوله: (وليس بلا تشهد الخ) هذا تصويب العلامة عبد البر لبيت الأصل وهو: (الطويل)

وَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ مَقَالَةُ لَا تَكُنْ ... شَهِيداً وَلَا تُخْبِرْ يُقَالُ فَيُنْظَرُ

ملخصه أنه لو قال لا تشهد أن لفلان علي كذا لا يكون إقراراً بالاتفاق، وإن قال لا تخبره أن له علي كذا من حقه أو حقه اختلف فيه. قال الكرخي وعامة مشايخ بلخ: أن الصحيح أنه ليس بإقرار وقال مشايخ بخارى: الصواب أنه إقرار. قال في القنية والمنية: هو الصحيح.

والفرق على كونه إقراراً أن النهي عن الشهادة نهي عن زور يشهد به، والنهي عن خبر استكتام علمه عليه، وقوله تشهد بسكون الدال المهملة. قوله: (نعده) بالنون وتشديد الدال: أي لا نعد ذلك في حكم الإقرار. قوله: (فمختلف) قال المقدسي: ذكر محمد أن قوله لا تخبر فلاناً أن له علي ألفاً إقرار.

وزعم السرخسي أن فيه روايتين. قال ط: ينظر فيما إذا قاله ابتداء، وذكر رواية

وَمَنْ قَالَ مِلْكِي ذَا لِذَا كَانَ مُنْشِئاً ... وَمَنْ قَالَ هَذَا مِلْكُ ذَا فَهُوَ مُظْهِرُ
وَمَنْ قَالَ لَا دَعْوَى لِي الْيَوْمَ عِنْدَ ذَا ... فَمَا يَدَّعِي مِنْ بَعْدُ مِنْهَا فَمُنْكَرُ

للكرخي ومشايخ بلخ ورواية مشايخ بخارى المذكورتين. ثم قال: وجه كونه إقراراً أن النفي عن الإخبار يصح مع وجود المخبر عنه لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوِ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ﴾. ذمهم على الإخبار مع وجود المخبر عنه، ومن شرط صحة الإخبار عنه في الإثبات فكذلك في النفي، فكأنه أثبت للمخبر عنه، وكأنه قال لفلان عليّ ألف درهم فلا تخبره بأن له عليّ ذلك، ولو قال ذلك كان إقراراً اهـ. ووجه كونه غير إقرار ما تقدم في لا تشهد، ومسألة البيت المذكورتان من قاضيخان من الملتقى. قوله: (ومن قال ملكي الخ) ملخصه: ولو أضاف الشيء إلى نفسه فقال ملكي هذا المعين لفلان كان هبة يقتضي التسليم فلا يتم إلا به، وإن لم يضفه إلى نفسه كان إظهاراً وإقراراً لا يقتضي التسليم، وهبة الأب لصغيره تتم بالإيجاب فلا يحتاج لقبض ابنه الصغير.

والحاصل: أنه إذا قال ملكي ذا لهذا الشخص كان منشئاً لتمليكه فيعتبر فيه شرائط الهبة، ومن قال هذا ملك ذا فهو مظهر: أي مقر ومخبر فلا يشترط فيه شروط الهبة. قوله: (لذا) أي لهذا الشخص. قوله: (كان منشئاً) أي لتمليكه هبته. قوله: (فهو مظهر) أي مقر ومخبر ومسألة البيت من قاضيخان من الملتقى. قوله: (ومن قال لا دعوى لي اليوم) صورتها: قال لآخر لا دعوى لي عليك اليوم فلا تسمع دعواه بعد ذلك اليوم بما تقدم لأنه إبراء عام حتى يتجدد له غيره عليه بعده، وكذا لو قال تركته أصلاً فهو إبراء وكذا لو قال تركت دعواي على فلان وفوّضت أمري إلى الآخرة لا تسمع دعواه بما لم يتجدد بعد الإبراء، والله تعالى أعلم كما في الشرنبلالية: أي ولو إرثاً حيث علم بموت مورثه وقته. بزازية.

وفي الخلاصة: أبرأه عن الدعاوى والخصومات ثم ادعى عليه مالاً بالإرث عن أبيه: إن مات أبوه قبل إبرائه صح الإبراء ولا تسمع دعواه، وإن لم يعلم بموت الأب عند الإبراء اهـ. وتقدم ذلك. قوله: (لي اليوم) بتحريك الياء من لي. قوله: (منها) أي من دعاوى اليوم أو ما تقدمه، أما إذا كان بسبب حادث فتسمع كما سمعت. قوله: (فمنكر) بتخفيف الكاف مع إشباع الراء: أي ينكره الشرع، ولا يقبله.

أقول: ومسألة البيت من القنية على ما نقله صاحب الفوائد عنها، والله تعالى أعلم، وأستغفر الله العظيم.

كِتَابُ الصُّلْحِ

مناسبته أن إنكار المقر سبب للخصومة المستدعية للصلح.

(هو) لغة: اسم من المصالحة. وشرعاً: (عقد يرفع النزاع) ويقطع الخصومة.

(وركنه: الإيجاب) مطلقاً (والقبول) فيما يتعين، أما فيما لا يتعين كالدراهم فيتم بلا قبول. عناية وسيجيء.

(وشرطه العقل لا البلوغ والحرية

كِتَابُ الصُّلْحِ

قوله: (مناسبته إلخ) يعني أن الصلح يتسبب عن الخصومة المترتبة على إنكار المقر إقراره: أي فتناسب الصلح والإقرار بواسطتين ولكنها مناسبة خفية. والأظهر أن يقال: إن الصلح يكون عن الإقرار في بعض وجوهه كما سيبينه، فلذا ذكره بعده ثم ذكر معه قسميه تتميماً للفائدة. قوله: (المقر) الصواب: المدعى عليه كما في العزمية. قوله: (اسم من المصالحة) وهي المسالمة، والأولى اسم للمصالحة والتصالح خلاف المخاصمة والتخاصم، وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال على ما يدعو إليه العقل، ومعناه دالّ على حسنه الذاتي، وكم من فساد انقلب به إلى الصلاح، ولهذا أمر الله تعالى به عند حصول الفساد والفتن بقوله: ﴿وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا﴾ [الحجرات: ٩]. ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨] والصالح: المستقيم الحال في نفسه. ذكره القهستاني.

وفي صلاة الجوهرة: الصالح القائم بحقوق الله تعالى وحقوق العباد، وإنما ذكر الضمير بقوله هو لكونه مما يذكر ويؤنث كما في الصحاح. قوله: (ويقطع الخصومة) عطف تفسير كما يفيده الحموي، فإنه فسر رفع النزاع بقطع الخصومة. قوله: (مطلقاً) أي فيما يتعين وفيما لا يتعين. قوله: (فيما يتعين) إنما اشترط القبول لأنه ليس من الإسقاط حتى يتم بالمسقط وحده لعدم جريانه في الأعيان ط. قوله: (فيتم بلا قبول) أي من المطلوب إذا بدأ هو بطلبه، بأن ادعى شخص على شخص دراهم ونحوها فطلب المدعى عليه الصلح على نصفها فقال المدعي: صالحتك على ذلك، فلا يشترط قبول المدعى عليه لأن ذلك إسقاط من المدعي وهو يتم بالمسقط وحده، وهذا إنما يظهر في صورة الإقرار ط.

والحاصل: أن الموجب هو المدعي فيشترط قبول المدعى عليه فيما يتعين لا فيما لا يتعين. وأما إذا كان الموجب هو المدعى عليه فلا بد من القبول من المدعي مطلقاً سواء فيه ما يتعين وما لا يتعين. قوله: (وسيجيء) أي قريباً. قوله: (العقل) لا حاجة إليه لأنه شرط في جميع العقود والتصرفات الشرعية، فلا يصح صلح مجنون وصبي لا يعقل. درر. وكذا لا يصح صلح المعتوه والنائم والمبرسم والمدهوش والمغمى عليه إذ ليس لهم قصد

فصح من صبي مأذون إن عري) صلحه (عن ضرر بين و) صح (من عبد مأذون ومكاتب)

شرعي، وخص بذكرهما لكونهما منصوصاً عليهما بعدم جريان الأحكام الفرعية عليهما فيدخل حكم هؤلاء في حكمهما بالدلالة أو بالقياس، لأن حالهم كحالهما بل أشد تارة. صرح به في الفصول. وأما السكران فلا يدخل فيهم لأنه مخاطب زجراً له وتشديداً عليه لزوال عقله بمحرم، ولذلك قال في منية المفتي: صلح السكران جائز.

أقول: قد سبق في كتاب الطلاق وفي شتى الإقرار إنما هو عند أكثر أئمتنا. وأما الكرخي والطحاوي ومحمد بن سلام قالوا بعدم وقوعه فيجري على الخلاف المذكور، لكن علمت أن الأصح الوقوع، وعليه فينبغي صحة صلحه على الأصح. قوله: (فصح من صبي مأذون) ويصح عنه بأن صالح أبوه عن داره وقد ادعاها مدع وأقام البرهان ط. قوله: (إن عري) بكسر الراء: أي خلا، وأما بفتحها فمعناه حل وتزل. قوله: (عن ضرر بين) بأن كان نفعاً محضاً أو لا نفع فيه ولا ضرر أو فيه ضرر غير بين، فإذا ادعى الصبي المأذون على إنسان ديناً وصالحه على بعض حقه، فإن لم يكن له عليه بينة جاز الصلح إذ عند تعدمها لا حق له إلا الخصومة والحلف والمال أنفع منهما، وإن كانت البينة لم يجز لأن الحط تبرع وهو لا يملكه، ومثال ما لا ضرر فيه ولا نفع. صالحه عن عين بقدر قيمتها، ومثال ما لا ضرر فيه بين. ما إذا أخر الدين فإنه يجوز لأنه من أعمال التجارة ط.

أقول: وهذا ظاهر في الصبي والمكاتب والمأذون المديون. وأما المأذون الغير المديون فينبغي صحة صلحه كيفما كان حيث كان بإذن سيده لأن ما في يده لمولاه فيكون صلحه كصلح مولاه، ولا حق في ماله لغريم كالمديون ولا تصرفه منوط بالمصلحة كالصبي والمكاتب، تأمل. قوله: (وصح من عبد مأذون) لو لم يكن فيه ضرر بين، لكنه لا يملك الصلح على حط بعض الحق إذا كان له عليه بينة ويملك التأجيل مطلقاً وحط بعض الثمن للعيب كما ذكر، ولو صالحه البائع عن حط بعض الثمن جاز كما ذكر في الصبي المأذون كما في الغرر. قوله: (ومكاتب) فإنه نظير العبد المأذون في جميع ما ذكر لأنه عبد ما بقي عليه درهم، فإن عجز المكاتب فادعى عليه رجل ديناً فاصطلحا أن يأخذ بعضه ويؤخر بعضه، فإن لم يكن له عليه بينة لم يجز لأنه لما عجز صار محجوراً فلا يصح صلحه. درر

أقول: قوله فادعى عليه رجل ديناً: أي كان في زمن كتابته إلا أن الصلح واقع بعد العجز. هذا هو المراد، وحينئذ لا يكون الشرط الثاني مستغنى عنه، وقيد به لأنه لو كان للمدعي بينة صلح المحجور لا من حيث إنه محجور بل من حيث أن دينه تبين في زمن كتابته. تدبر.

ـلو فيه نفع (و) شرطه أيضاً (كون المصالح عليه معلوماً إن كان يحتاج إلى قبضه و)

وأقول: ومثل المكاتب المعتوه المأذون فإنه نظير العبد المأذون على ما سبق. قوله: (ولو فيه نفع) لو قال أو لم يكن فيه ضرر بين لكان أولى، ليشمل ما إذا لم يكن فيه نفع ولا ضرر أو كان فيه ضرر غير بين كما تقدم أمثلة ذلك قريباً. قوله: (معلوماً) سواء كان مالاً أو منفعة، بأن صالح على خدمة عبد بعينه سنة أو ركوب دابة بعينها أو زراعة أرض أو سكنى دار وقتاً معلوماً فإنه يجوز ويكون في معنى الإجارة، وخرج ما لم يكن كذلك، فلا يصح الصلح عن الخمر والميتة والدم وصيد الإحرام والحرم ونحو ذلك، لأن في الصلح معنى المعاوضة، فما لا يصلح للعوض والبيع لا يصلح عوضاً في الصلح ط. قال في المنح: أن يكون معلوماً بذكر المقدار في مثل الدراهم فيحمل على النقد الغالب في البلد، وبذكر المقدار والصفة في نحو بر، وبمكان التسليم أيضاً عند أبي حنيفة، وبالأجل أيضاً في نحو ثوب، وبإشارة وتعيين في نحو حيوان كما في العمادية، لأن جهالة البدل تفضي إلى المنازعة فيفسد الصلح انتهى.

قال في جامع الفصولين عازياً للمبسوط: الصلح على خمسة أوجه:

صلح على دراهم أو دنانير أو فلوس، فيحتاج إلى ذكر القدر.

الثاني: على تبر أو كيلي أو وزني مما لا حمل له، ولا مؤنة، فيحتاج إلى قدر وصفة، إذ يكون جيداً أو وسطاً أو رديئاً فلا بد من بيانه.

الثالث: على كيلي أو وزني مما له حمل ومؤنة، فيحتاج إلى ذكر قدر وصفة ومكان تسليمه عند أبي حنيفة كما في السلم.

الرابع: صلح على ثوب، فيحتاج إلى ذكر ذرع وصفة وأجل إذ الثوب لا يكون ديناً إلا في السلم وهو عرف مؤجلاً.

الخامس: صلح على حيوان، ولا يجوز إلا بعينه، إذ الصلح من التجارة والحيوان لا يصلح ديناً فيها انتهى. قوله: (إن كان يحتاج إلى قبضه) فإن كان لا يحتاج إلى قبضه لا يشترط معلوميته مثل أن يدعي حقاً في دار رجل وادعى المدعى عليه حقاً في أرض بيد المدعي فاصطلحا على ترك الدعوى جاز وإن لم يبين كل منهما مقدار حقه، لأن جهالة الساقط لا تفضي إلى المنازعة كما في الدرر.

قال في العناية: ويفسده جهالة المصالح عليه لأنها تفضي إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط، وهذا ليس على إطلاقه بل فيه تفصيل، وهو أن الصلح باعتبار بدليه على أربعة أوجه: إما أن يكون عن معلوم على معلوم وهو جائز لا محالة، وإما أن يكون عن مجهول على مجهول، فإن لم يحتج فيه إلى التسليم والتسلم، مثل أن يدعي حقاً في دار رجل وادعى المدعى عليه حقاً في أرض بيد المدعي فاصطلحا على ترك الدعوى جاز

كون (المصالح عنه حقاً يجوز الاعتياض عنه ولو) كان غير مال كالقصاص والتعزير (معلوماً كان) المصالح عنه (أو مجهولاً لا) يصح (لو) المصالح عنه (مما لا يجوز

وإن احتيج إليه، وقد اصطلحا على أن يدفع أحدهما مالاً ولم يبينه على أن يترك الآخر دعواه أو على أن يسلم إليه ما ادعاه لم يجز، وإما أن يكون عن مجهول على معلوم وقد احتيج إليه إلى التسليم، كما لو ادعى حقاً في دار بيد رجل ولم يسمه فاصطلحا على أن يعطيه المدعي مالاً معلوماً ليسلم المدعى عليه ما ادعاه وهو لا يجوز، وإن لم يحتج فيه إلى التسليم كما إذا اصطلحا في هذه الصورة على أن يترك المدعي دعواه جاز، وإما أن يكون عن معلوم على مجهول وقد احتيج فيه إلى التسليم لا يجوز، وإن لم يحتج إليه جاز. والأصل في ذلك أن الجهالة المفضية للمنازعة المانعة عن التسليم والتسلم هي المفسدة، فما لا يجب التسلم والتسليم جاز، وما وجبا فيه لم يجز مع الجهالة، لأن القدرة على تسليم البدل شرط لكونه في معنى البيع انتهى. قوله: (وكون المصالح عنه حقاً) أي للمصالح ثابتاً في المحل لا حقاً لله تعالى فخرج بقولنا: أي للمصالح ما إذا ادعت مطلقة على زوجها أن صبياً في يد أحدهما ابنها منه فصالحها على شيء لتترك الدعوى فإنه يبطل، لأن النسب حق الصبي لا حقها فلا تملك الاعتياض عن حق غيرها. وخرج بقولنا ثابتاً في المحل مصالحة الكفيل بالنفس على مال على أن يبرئه من الكفالة، لأن الثابت للطالب حق المطالبة بتسليم نفس الأصيل، وهو عبارة عن ولاية المطالبة وأنها صفة الوالي فلا يجوز الصلح عنه كما يأتي.

واختلفت الرواية في بطلان الكفالة كما في الكافي، والأصح بطلانها كما في منية المفتي، وبه يفتى كما في العناية والبيانية: وبقي من الشروط قبض بدله إن كان ديناً بدين، وإلا لا كما سيأتي. قوله: (كالقصاص) في النفس، إنما جاز الصلح عنه لأن المحل فيه يصير مملوكاً في حق الاستيفاء فكان الحق ثابتاً في المحل فيملك الاعتياض عنه بالصلح ط. قوله: (والتعزير) الذي هو حق العبد كأن صالحه عن سبه بما دون قذف، أما التعزير الذي هو حق الله تعالى كقبلة من أجنبية فالظاهر عدم صحة الصلح عنه، لأن الصلح لا يكون إلا من صاحب الحق كما أفاده الرحمتي. قوله: (أو مجهولاً) كأن ادعى عليه قدراً من المال فصولح أو ادعى عليه القصاص ولم يبين أنه في نفس أو طرف أو شتمه ولم يبين معنى شتمه، وتقدم في باب الاستحقاق صحة الصلح عن مجهول على معلوم، لأن جهالة الساقط لا تفضي إلى المنازعة، ولأن المصالح عنه ساقط فهو مثل الإبراء عن المجهول فإنه جائز عندنا لما ذكر؛ بخلاف عوض الصلح، فإنه لما كان مطلوب التسليم اشترط كونه معلوماً لئلا يفضي إلى المنازعة، وانظر ما تقدم عن الفتح أواخر العيب، وكونه مجهولاً أي بشرط أن يكون مالاً يحتاج إلى التسليم كترك الدعوى مثلاً، بخلاف ما لو كان من التسليم المدعى به.

الاعتياض عنه) وبينه بقوله: **(كحق شفعة وحد قذف**

قال في جامع الفصولين: ادعى عليه مالاً معلوماً فصالحه على ألف درهم وقبض بدل الصلح وذكر في آخر الصك وأبرأ المدعي عن جميع دعواه وخصوماته إبراء صحيحاً عاماً، فقيل لم يصح الصلح لأنه لم يذكر قدر المال المدعى به، ولا بد من بيانه ليعلم أن هذا الصلح وقع معاوضة أو إسقاطاً أو وقع صرفاً شرط فيه التقابض في المجلس أو لا، وقد ذكر قبض بدل الصلح ولم يتعرض لمجلس الصلح، فمع هذا الاحتمال لا يمكن القول بصحة الصلح. وأما الإبراء فقد حصل على سبيل العموم فلا تسمع دعوى المدعي بعده للإبراء العام لا للصلح.

قال في البحر: والجهالة فيه إن كانت تفضي إلى المنازعة كوقوعها فيما يحتاج إلى التسليم منعت صحته، وإلا لا، فبطل إن كان المصالح عليه أو عنه مجهولاً لا يحتاج إلى التسليم كصلحه بعد دعواه مجهولاً على أن يدفع له مالاً ولم يسمه. اهـ.

أقول: لكن في قول جامع الفصولين: ولا بد من بيانه نظر، لأن المال بالصورة معلوم بدليل قوله أول عبارته: ادعى عليه مالاً معلوماً، والظاهر أن لفظ معلوماً زائد حتى يتم المراد تأمل. قوله: **(كحق شفعة)** يعني إذا صالح المشتري الشفيع عن الشفعة التي وجبت له على شيء على أن يسلم الدار للمشتري فالصلح باطل، إذ لا حق للشفيع في المحل سوى حق التملك، وهو ليس بأمر ثابت في المحل، بل هو عبارة عن ولاية الطلب، وتسليم الشفعة لا قيمة له فلا يجوز أخذ المال في مقابلته كما في الدرر وأطلقه. وهو على ثلاثة أوجه: أن يصالح عن دراهم معلومة على أن يسلم الدار للمشتري، وأن يصالح عن بيت معين منها بحصته من الثمن وأن يصالح عن نصف الدار بنصف الثمن، ففي الأولين يبطل الصلح وكذا الشفعة في الأول، ويصح الصلح في الثالث والشفعة لا تبطل فيه وفي الثاني كما في المبسوط وغيره فظهر أن المراد بقوله: على شيء: دراهم معلومة ونحوها. قوله: **(وحد قذف)** بأن قذف رجلاً فصالحه على مال على أن يعفو عنه، لأنه وإن كان للعبد فيه حق فالغالب فيه حق الله تعالى والمغلوب ملحق بالمعدوم، وكذلك لا يجوز الصلح عن حق الله تعالى ولو مالياً كالزكاة، ولا حد الزنا والسرقة وشرب الخمر، بأن أخذ زانياً أو سارقاً من غيره أو شارب خمر فصالحه على مال على أن لا يرفعه إلى ولي الأمر لأنه حق الله تعالى، ولا يجوز عنه الصلح لأن المصالح بالصلح يتصرف إما باستيفاء كل حقه أو استيفاء بعضه وإسقاط الباقي أو بالمعاوضة، وكل ذلك لا يجوز في غير حقه كما في الدرر. وإنما لا يجوز الصلح عن حقوقه تعالى لأن الأصل فيه أن الاعتياض عن حق الغير لا يجوز، والحدود المشروعة لما كانت حقاً لله تعالى خالصاً أو غالباً، فلا يجوز لأحد أن يصالح عن شيء في حق الله تعالى، والمراد من حق الله تعالى ما

وكفالة بنفس) ويبطل به الأول والثالث، وكذا الثاني لو قبل الرفع للحاكم لا حد

يتعلق به النفع العام لأهل العالم فلا يختص به أحد كحرمة الزنا، فإن نفعه عائد إلى جميع أهل العالم وهو سلامة أنسابهم وصيانة فرشهم وارتفاع السيف بين العشائر بسبب التنازع بين الزناة، ولذلك لا يباح الزنا بإباحة المرأة أو أهلها. وإنما ينسب إلى الله تعالى مع أن النفع عائد إلى العباد تعظيماً لأنه متعال عن أن ينتفع بشيء، ولا يجوز أن يكون حقاً له بجهة التخليق لأن الكل سواء في ذلك، كذا في شرح المنار لجلال الدين. قوله: (وكفالة بنفس) الوجه فيه كالوجه في سابقه، وقدمنا الكلام عليها قريباً. وقيد الكفالة بكفالة النفس، لأنه لو صالحه عن كفالة المال يكون إسقاطاً لبعض الدين عنه وهو صحيح. قوله: (ويبطل به الأول) أي حق الشفعة لرضا الشفيع بسقوط حقه. قوله: (والثالث) أي كفالة النفس كما قدمناه لرضا الطالب بسقوط حقه. قوله: (وكذا الثاني) أي حد القذف. قوله: (لو قبل الرفع للحاكم) ظاهره أنه يبطل الصلح أصلاً وهو الذي في الشرنبلالية عن قاضيخان، فإنه قال: بطل الصلح وسقط الحد إن كان قبل أن يرفع إلى القاضي، وإن كان بعده لا يبطل الحد، وقد سبق أنه إنما سقط بالعفو لعدم الطلب، حتى لو عاد وطلب حد.

قال في الأشباه: لا يصح الصلح عن الحد ولا يسقط به حد القذف إن كان قبل المرافعة كما في الخانية. قال البيري: أي فإن الحد يسقط وإن كان الصلح لم يجز. أما إذا كان بعد المرافعة فلا يسقط.

أقول: هذا الذي في الخانية ينافي ما ذكره في الإيضاح بأن له أن يطالب بعد العفو والصلح عن ذلك، فراجعه في الإقرار. وعبارة الأشباه في الإقرار: ولا يملك المقذوف العفو عن القاذف، ولو قال المقذوف كنت مبطلاً في دعواي سقط الحد. كذا في حيل التاترخانية من حيل المداينات. قال البيري: قال في الإيضاح: وإذا ثبت الحد لم يجز الإسقاط ولا العفو، ولذا إذا عفا قبل المرافعة أو أبرأ أو صالح على مال فذلك باطل ويرد مال الصلح، وله أن يطالبه بالحد بعد ذلك اهـ.

وقدم الشارح في باب حد القذف: ولا رجوع بعد إقرار ولا اعتياض: أي أخذ عوض ولا صلح ولا عفو فيه وعنه. نعم لو عفا المقذوف فلا حد لا لصحة العفو بل لترك الطلب، حتى لو عاد وطلب حد. شمني. ولذا لا يتم إلا بحضرته، فأفاد أنه لا صلح فلا يسقط، وظاهره ولو قبل المرافعة، ولا يقام إلا بطلب المقذوف في الموضعين إلا أن يحمل ما في الخانية على البطلان لعدم الطلب، وكذا يقال في حد السرقة فإنه لا يصح عنه الصلح كما في مجمع الفتاوى، فكان على المصنف والشارح أن يستثنيه أيضاً. قوله: (لا حد زنا) أي لا يصح الصلح عنه.

زنا وشرب مطلقاً.

(وطلب الصلح كاف عن القبول من المدعى عليه إن كان المدعى به مما لا يتعين بالتعيين) كالدراهم والدنانير وطلب الصلح عن ذلك؛ لأنه إسقاط للبعض وهو يتم بالمسقط (وإن كان مما يتعين) بالتعيين (فلا بد من قبول المدعى عليه) لأنه كالبيع.

صورته: زنى رجل بامرأة رجل فعلم الزوج وأراد أحدهما الصلح فتصالحا معاً أو أحدهما على معلوم على أن يعفو كان باطلاً وعفوه باطل، سواء كان قبل الرفع أو بعده، والرجل إذا قذف امرأته المحصنة حتى وجب اللعان كان باطلاً، وعفوها بعد الرفع باطل وقبل الرفع جائز. خانية. قوله: (وشرب مطلقاً) أي إذا صالح شارب الخمر القاضي على أن يأخذ منه مالاً ويعفو عنه لا يصح الصلح ويرد المال على شارب الخمر سواء كان ذلك قبل الرفع أو بعده كما في الخانية: فليحفظ، والآن مبتلون بذلك، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

فرع قال في البزازية: وفي نظم الفقه: أخذ سارقاً في دار غيره فأراد رفعه إلى صاحب المال فدفع له السارق مالاً على أن يكف عنه يبطل ويرد البدل إلى السارق، لأن الحق ليس له، ولو كان الصلح مع صاحب السرقة بريء من الخصومة بأخذ المال، وحد السرقة لا يثبت من غير خصومة ويصح الصلح اهـ.

وفيها أيضاً: اتهم بسرقة وحبس فصالح ثم زعم أن الصلح كان خوفاً على نفسه، إن حبس الوالي تصح الدعوى لأن الغالب أنه حبس ظلماً، وإن كان في حبس القاضي لا تصح لأن الغالب أنه يحبس بحق اهـ.

أقول: وهذا على ما كان في زمنهم من تصرف الوالي برأيه وأما في زماننا فلا فرق يظهر بينهما فإنهما على السواء حتى صار حبسهما واحداً، إذ لا يحبس الواحد إلا بعد ثبوت حبسه بوجهه. قوله: (من المدعى عليه) متعلق بالقبول وحذف نظيره من الأول، فإن المعنى: وطلب الصلح من المدعى عليه. قوله: (كالدراهم والدنانير) الكاف للاستقصاء إذ ليس معناه مالاً يتعين غيرهما. قوله: (وطلب الصلح) لا حاجة إلى هذه الجملة بعد قول المتن «وطلب الصلح كاف». قوله: (على ذلك) كذا في بعض النسخ، وفي بعضها «عن» بدل «على». قوله: (لأنه إسقاط) سيأتي في الصلح في الدين أنه أخذ لبعض حقه وإسقاط للباقي، لكن ليس ذلك مخصوصاً بما لا يتعين بالتعيين بل كل ما يثبت في الذمة. قوله: (وهو يتم بالمسقط) هذا يفيد أنه لا يشترط الطلب كما لا يشترط القبول، وإن هذا في الإقرار كما صرح به الشارح نقلاً عن العناية، فتأمل. قوله: (لأنه كالبيع) أي فتجري فيه أحكام البيع فينظر، إن وقع على خلاف جنس المدعي فهو بيع قيض كما يذكره بعد: وإن

(وحكمه وقوع البراءة عن الدعوى) ووقوع الملك في مصالح وعنه لو مقراً (وهو صحيح)

وقع على جنسه، فإن وقع بأقل من المدعى فهو حط وإبراء، وإن كان مثله فهو قبض واستيفاء، وإن كان بأكثر منه فهو فضل وربا. قوله: (وحكمه) أي أثره الثابت له. منح.

قال في البحر: وحكمه في جانب المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدعي سواء كان المدعى عليه مقراً أو منكراً، وفي المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدعى عليه إن كان مما يحتمل التمليك كالمال وكان المدعى عليه مقراً به، وإن كان مما لا يحتمل التمليك كالقصاص ووقوع البراءة كما إذا كان منكراً مطلقاً اهـ. وظاهره أنه لا يملك المصالح عنه مع الإنكار مع أنه معاوضة في حق المدعي، ولذا يؤخذ منه بالشفعة إن كان عقاراً وهذا يقتضي أنه يملكه. قوله: (وقوع البراءة عن الدعوى) لما مر أنه عقد يرفع النزاع: أي ما لم يعرض مبطل كاستحقاق البدل، وأطلقه فشمل أن حكمه ذلك في أنواعه الثلاثة، حتى لو أنكر فصالح ثم أقر لا يلزمه ما أقر به، وكذا لو برهن بعد صلحه لا يقبل، ولو برهن على إقرار المدعي أنه لا حق له من قبل الصلح أو قبل قبض البدل لا يصح الصلح كصلح بعد حلف فإنه لا يصح عند الشيخين، خلافاً لمحمد، وصلح مودع يدعي الاستهلاك مع المودع يدعي الضياع فإنه لا يصح عند الطرفين، خلافاً لأبي يوسف كما في المقدسي. قوله: (ووقوع الملك) أي للمدعي أو للمدعى عليه. قوله: (في مصالح عليه) أي مطلقاً ولو منكراً. قوله: (وعنه لو مقراً) قال في المنح: وفي المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدعى عليه إن كان مما يحتمل التمليك كالمال وكان المدعى عليه مقراً به إلى آخر ما تقدم عن البحر. وقوله «لو مقراً» قيد في قوله «وعنه». وأما إذا كان منكراً فالحكم البراءة عن الدعوى سواء كانت فيما يحتمل التمليك أو لا. أفاده الحموي. قوله: (وهو صحيح) لقوله تعالى: ﴿والصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨] وقوله عليه الصلاة والسلام: «كُلُّ صُلْحٍ جَائِزٌ فِيمَا بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، إِلَّا صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلَالاً»(1) ومعنى جواز الصلح اعتباره حتى يملك المدعي بدل الصلح ولا يسترده المدعى عليه ويبطل حق المدعي في الدعوى؛ والمراد بقوله: «صلحاً أحل حراماً» أي لعينه كالخمر، وقوله «أو حرم حلالاً» أي لعينه كالمصالحة عن ترك وطء الضرة. وأما دفع الرشوة لدفع الظلم فجائز، وليس بصلح أحل حراماً، ولا بسحت إلا على من أكله.

قال محمد في السير الكبير: بلغنا عن الشعثاء جابر بن زيد أنه قال: ما وجدنا في زمن الحجاج أو زياد بن زياد شيئاً خيراً لنا من الرشا اهـ.

---

(1) أخرجه الترمذي ٣/ ٦٣٤ (١٣٥٢) وقال: حسن صحيح وابن ماجة ٢/ ٧٨٨ (٢٣٥٣) وأبو داود ٤/ ١٩ (٣٥٩٤) والحاكم في المستدرك ٢/ ٤٩ وابن حبان أورده الهيثمي في الموارد (١١٩٩).

والرد بعيب وخيار رؤية وشرط، ويفسده جهالة البدل) المصالح عليه لا جهالة المصالح عنه لأنه يسقط

والذي يظهر لي أنه إذا كان الصلح عن إقرار عن دار بدار تجب الشفعة فيهما لأن كلاً منهما عوض عن الثانية، وإن كان عن سكوت أو إنكار فتجب في الدار المصالح عليها دون الدار المصالح عنها، لأن المعاوضة هنا في الدار المصالح عليها فقط. أما عبارة القهستاني الأولى فلم أر ما يدل عليها بل صريح النقول يخالفها.

قال في المجلة من كتاب الصلح في المادة الخمسين وخمسمائة بعد الألف ما نصه: من إنكار بالخود عن سكوت صلح أو لي مدعي حقنده معاوضة ومدعى عليه حقنده بميتدن خلاص إيله قطع منازعه در بناء على ذلك مصالح عليه، أو لأن عقار ده شفعة جريان أيدر إما مصالح عنه، أو لأن عقار ده شفعة جريان ايتمز. قوله: (والرد بعيب) نحو إذا كان بدل الصلح عبداً مثلاً فوجد المدعي فيه عيباً له أن يرده، وظاهر إطلاقه أنه يرده بيسير العيب وفاحشه، وقد ذكره الطحاوي. أفاده الحموي وأطلق الرد بالعيب وهو المراد في الإقرار، قال الطحاوي بالإقرار يرد بيسير وفاحش، وفي الإنكار بالفاحش كخلع ومهر وبدل صلح عن دم عمد. قوله: (وخيار رؤية) فيرد العوض إذا رآه وكان لم يره وقت العقد، وكذلك يرد المصالح عنه إن كان لم يره. قوله: (وشرط) بأن تصالحا عن شيء فشرط أحدهما الخيار لنفسه مثلاً. قال في المنح: ويبطل الصلح بالرد بأحد هذه الخيارات الثلاث. قوله: (ويفسده جهالة البدل المصالح عليه) أي إن كان يحتاج إلى تسليمه وإلا فلا يفسد، كما إذا ادعى عليه ثلث داره فصالحه على أن يترك دعواه في حق مجهول في أرض المدعي كما في العناية لأنه بيع فصار كجهالة الثمن. عيني. وكذا يفسد بجهالة الأجل إذا جعل البدل مؤجلاً. زيلعي.

قال الرملي: إن جهالة المصالح عنه تفسد الصلح، وكذا جهالة المصالح عنه إن كان يحتاج إلى التسليم.

وأقول: ليس جهالة المصالح عليه مفسدة للصلح مطلقاً، بل محله إذا لم يكن مستغنياً عن القبض والتسليم فإن جهالته لا تفسد كما في السراج الوهاج.

وفي القهستاني: ويكفي أن يكون بيان قدر المصالح عليه فحسب إذا كان دراهم أو دنانير أو فلوساً لأن معاملات الناس تغني عن بيان الصفة فيقع على النقد الغالب انتهى. قال السائحاني: ولطالما طلبت نقض هذا النقل لأن المشهور أنه لا بد في العقود من بيان الوصف على أن العرف بخلافه. قوله: (لا جهالة المصالح عنه) أي إذا لم يحتج إلى تسليمه كما مر أيضاً أشار إلى ذلك بقوله لأنه يسقط فإنه تعليل لقوله: «لا جهالة المصالح عنه» أي والساقط لا تفضي جهالته إلى المنازعة، لكن قال بعض

وتشترط القدرة على تسليم البدل.

(وما استحق من المدعي) أي المصالح عنه **(يرد المدعي حصته من العوض)** أي البدل إن كلاً فكلاً أو بعضاً فبعضاً.

(وما استحق من البدل يرجع) المدعي **(بحصته من المدعى)**

الأفاضل: لا جهالة المصالح عنه إلا إذا احتيج إلى تسليمه كأن يصالحه على أن يدفع له الحق المجهول الذي يدعيه أو يدفع المدعي البدل من عنده اهـ. تأمل. قوله: **(وتشترط القدرة على تسليم البدل)** استئناف واقع موقع التعليل لقوله «ويفسده جهالة البدل» ولا يصح عطفه على «سقط» وحيث كان كلاماً مستأنفاً استفيد منه أنه لا يصح الصلح على عبده الآبق وطيره في الهواء وسمكه في الماء وجذعه في السقف وذراع من ثوب تضره القسمة وحمل الجارية والبهيمة لأنه لا يقدر على تسليمه، ومنه جهالة البدل فإنه لا يقدر على تسليم المجهول، فبذلك يصير الكلام تعليلاً لقوله «ويفسده جهالة البدل» فبين التعليل والمعلل لف ونشر مشوش، الأول للثاني والثاني للأول. قوله: **(وما استحق من المدعي الخ)** هذا لو الصلح على ترك المدعي في يد المدعى عليه. أما لو أخذه ويدفع لمن في يده شيئاً صلحاً فلا يرجع لو استحق لأنه أخذه على أنه ملكه زعماً فيؤاخذ به فلا يرجع بالشيء الذي دفعه لرفع النزاع كما في العمادي. قوله: **(إن كلاً فكلاً أو بعضاً فبعضاً)** المصنف صريح في البعض. لقوله «حصته» فلو قال المؤلف بعد المتن وإن استحق الكل رد الكل لكان أوضح، وأشار بأن إلى أنها بيانية أو تبعيضية وكل مراد، فتأمل. قوله: **(بحصته من المدعي)** أي المصالح عنه، هذا إذا كان البدل مما يتعين بالتعيين، فإن كان مما لا يتعين بالتعيين وهو من جنس المدعى به فحينئذ يرجع بمثل ما استحق، ولا يبطل الصلح كما إذا ادعى ألفاً فصالحه على مائة وقبضها فإنه يرجع عليه بمائة عند استحقاقها سواء كان الصلح بعد الإقرار أو قبله، كما لو وجدها ستوقة أو نبهرجة، بخلاف ما إذا كان من غير الجنس كالدنانير هنا إذا استحقت بعد الافتراق فإن الصلح يبطل، وإن كان قبله رجع بمثلها، ولا يبطل الصلح كالفصولين. كذا في حاشية الحموي نقلاً عن البحر.

وفي المنح: هذا إذا كان البدل مما يتعين بالتعيين، وإن كان مما لا يتعين كالدراهم والدنانير لا يبطل بهلاكه لأنهما لا يتعينان في العقود والفسوخ فلا يتعلق العقد بهما عند الإشارة إليهما، وإنما يتعلق بمثلهما في الذمة فلا يتصور فيه الهلاك اهـ. فقول المتن «وما استحق من البدل» محمول على ما إذا أمكن استحقاقه وهو ما يتعين بالتعيين، وأما ما لا يتعين بالتعيين فلا يمكن استحقاقه لأنه ينعقد الصلح على جنسه وقدره لا على عينه، فتأمل.

وفي القهستاني: وللمدعي أن يرد الباقي ويرجع بكل المدعي، كما لو استحق كل العوض، وهذا إذا كان المستحق لم يجز الصلح، فإن أجازه وسلم العوض للمدعي رجع

كما ذكرنا لأنه معاوضة وهذا حكمها (و) حكمه (كالإجارة إن وقع) الصلح (عن مال بمنفعة) كخدمة عبد وسكنى دار

المستحق على المدعى عليه بقيمته كما في شرح الطحاوي. قوله: (كما ذكرنا) أي إن كلاً فكلاً أو بعضاً فبعضاً ح. وهذا إذا كان البدل يتعين بالتعيين إلى آخر ما قدمناه في المقولة السابقة. قوله: (لأنه معاوضة) مقتضى المعاوضة أنه إذا استحق الثمن فإن مثلياً رجع بمثله أو قيمياً فبقيمته ولا يفسد العقد فالصلح يجري على هذا. سيدي الوالد.

أقول: لكن هذا فيما يتمحض للثمنية كالدراهم، وأما مثل المذكور فهي من المقايضة، وحكمها أن كلاً من البدلين يكون ثمناً ومبيعاً باعتبارين فلذا فسد العقد: أي باعتبار أنه مبيع، وعليه فكان على الشارح أن يقول: لأنه مقايضة. تأمل. قوله: (وحكمه كالإجارة الخ) صورته: ادعى رجل على رجل شيئاً فاعترف به ثم صالحه على سكنى داره سنة أو على ركوب دابة معلومة أو على لبس ثوبه أو على خدمة عبده أو على زراعة أرضه مدة معلومة فهذا الصلح جائز فيكون في معنى الإجارة، فيجري فيه أحكام الإجارة. كذا صوره العيني. قوله: (إن وقع الصلح عن مال بمنفعة الخ) قال في الحواشي الحموية: وكذا إذا وقع عن منفعة بمال اعتبر بالإجارة لأن العبرة في العقود للمعاني، فيشترط فيه العلم بالمدة كخدمة العبد وسكنى الدار والمسافة كركوب الدابة، بخلاف صبغ الثوب وحمل الطعام فالشرط بيان تلك المنفعة، ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة إن عقده لنفسه، وكذا بفوات المحل قبل الاستيفاء؛ ولو كان بعد استيفاء البعض بطل فيما بقي ويرجع المدعي بقدر ما لم يستوف من المنفعة، ولو كان الصلح على خدمة عبد فقتل وإن كان القاتل المولى بطل، وإلا ضمن قيمته واشترى بها عبداً يخدمه إن شاء كالموصى بخدمته، بخلاف المرهون حيث يضمن المولى بالإتلاف والعتق، والاعتبار بالإجارة قول محمد. قال في شرح المختلف: وهو الأظهر، واعتمده المحبوبي والنسفي، وكذا يبطلان الصلح بموت أحدهما في المدة قول محمد. وقال أبو يوسف: إن مات المدعى عليه لا يبطل الصلح، وللمدعي أن يستوفي جميع المنفعة من العين بعد موته كما لو كان حياً، وإن مات المدعي لا يبطل الصلح أيضاً في خدمة العبد وسكنى الدار وزراعة الأرض، وتقوم ورثة المدعي مقامه في استيفاء المنفعة، ويبطل الصلح في ركوب الدابة ولبس الثوب لأنه يتعين فيه العاقد، ثم إنما يعتبر إجارة عند محمد إذا وقع على خلاف جنس المدعى به، فإن ادعى داراً فصالحه على سكناها شهراً فهو استيفاء بعض حقه لا إجارة فتصح إجارته للمدعى عليه كما في البحر.

وصورة الصلح عن منفعة بمال: ادعى السكنى لدار سنة وصية من مالكها فأقر به وارثه فصالحه على مال. ذكره الحموي. قال بعض الفضلاء: إنما قيد بكون المصالح عنه

(فشرط التوقيت فيه) إن احتيج إليه، وإلا لا كصبغ ثوب.

(ويبطل بموت أحدهما وهلاك المحل في المدة) وكذا لو وقع عن منفعة بمال أو بمنفعة عن جنس آخر.

مالاً لأنه لو صالح عن منفعة بمال كان الإنكار كالإقرار، فلو ادعى ممراً في دار ومسيلاً على سطح أو شرباً في نهر فأقر أو أنكر ثم صالحه على شيء معلوم جاز. والظاهر أن هذا حكمه غير حكم الإجارة لأنها لا تجري في هذه الأشياء فكان حكم الصلح في هذه الصحة، ولعل كلام الشارح الآتي في منفعة غير هذه. قوله: (فشرط التوقيت فيه) أي في الصلح الواقع عن مال بمنفعة. قوله: (إن احتيج إليه) كسكنى دار: أي إن كانت المنفعة تعلم بالوقت كالذي مثل به. قال العلامة مسكين: وإنما يشترط التوقيت في الأجير الخاص، حتى لو تصالحا على خدمة عبده أو سكنى داره يحتاج إلى التوقيت، وفي المشترك لا يحتاج إليه كما إذا صالحه على صبغ ثوب أو ركوب دابة إلى موضع كذا أو حمل طعام إليه اهـ. قوله: (وإلا لا كصبغ ثوب) أي مما تعلم المنفعة فيه بالتسمية، وكذا ما تعلم المنفعة فيه بالإشارة كنقل هذا الطعام إلى كذا فالمدار على العلم بالمنفعة كما يأتي بيانه في كتاب الإجارة. قوله: (ويبطل بموت أحدهما) أي إن عقده لنفسه. بحر. وهذا عند محمد أيضاً. وقال أبو يوسف: إن مات المدعى عليه لا يبطل الصلح، وللمدعي أن يستوفي جميع المنفعة من العين بعد موته كما قدمناه.

فرع: إذا أقر المدعي في ضمن الصلح أنه لا حق له في هذا الشيء ثم بطل الصلح يبطل إقراره الذي في ضمنه، وله أن يدعيه بعد ذلك، والمدعى عليه إذا أقر عند الصلح بأن هذا الشيء للمدعي ثم بطل الصلح فإنه يرد ذلك الشيء إلى المدعي انتهى. وقد أوضحه الحموي في شرحه. قوله: (وهلاك المحل) أي قبل الاستيفاء، فلو قبض بعضه بطل فيما بقي فيرجع بقدره، وما ذكر من البطلان بالموت والهلاك قول محمد، وقال أبو يوسف: إن مات المطلوب لا يبطل الصلح والمدعي يستوفي إلى آخر ما قدمناه. قوله: (في المدة) تنازع فيه موت وهلاك على أن يكون صفة لكل منهما: أي لو هلك أحد المتصالحين عن مال بمنفعة في المدة أو هلك المحل الذي قامت به تلك المنفعة فيها بطل الصلح لأنه إجارة، وهي تبطل بذلك إن كانت في كل المدة، وإن كانت في بعضها فبقدره من حين الموت والهلاك. قوله: (وكذا) يصح لو وقع: أي الصلح عن دعوى منفعة بمال وأقر بها. وفيه أن المنفعة منفعة ملك المدعى عليه ولا يصح استئجار منفعة ملكه. قوله: (أو بمنفعة عن جنس آخر) كخدمة عبد في سكنى دار، بخلاف ما إذا اتحد الجنس، كما إذا صالح عن سكنى دار على سكنى دار أو الخدمة بالخدمة والركوب بالركوب فإنه لا يجوز بيع المنفعة بالمنفعة مع اتحاد الجنس، كما لا يجوز استئجار المنفعة

ابن كمال. لأنه حكم إجارة.

(والأخيران) أي الصلح بسكوت وإنكار **(معاوضة في حق المدعي وفداء يمين وقطع نزاع في حق الآخر)** وحينئذ **(فلا شفعة في صلح عن دار مع أحدهما)** أي مع سكوت أو إنكار، لكن للشفيع أن يقوم مقام المدعي فيدلي بحجته، فإن كان للمدعي بينة أقامها الشفيع عليه وأخذ الدار بالشفعة، لأن بإقامة البينة تبين أن الصلح كان في معنى البيع، وكذا لو لم يكن له بينة فحلف المدعى عليه فنكل.

بعضها من المنافع فكذا الصلح لكن صور المسألة القهستاني بما لو أوصى بسكنى داره لرجل ثم مات ثم ادعى الموصى له السكنى فصالحه عن هذه السكنى على سكنى دار أخرى أو دراهم مسماة، فتبين منه أن المراد من اختلاف جنس المنفعة اختلاف عينها. تأمل وراجع. وكان ينبغي أن يذكر هذه المسألة قبل. قوله «شرط التوقيت فيه». قوله: **(ابن كمال)** قال في الإيضاح: لكن إنما يجوز بمنفعة عن منفعة إذا كانتا مختلفتي الجنس انتهى. كذا إذا صالحه عن سكنى دار على خدمة عبد، بخلاف ما إذا اتحد الجنس، كما إذا صالح عن سكنى دار على سكنى دار فإنه لا يجوز كما قدمناه قريباً. قوله: **(لأنه)** أي انفساخ العقد بذلك هو حكم الإجارة: يعني إذا كان الصلح عن المال بالمنفعة. قوله: **(أي الصلح)** يشير إلى تقدير مضاف في المصنف. وقوله: **(بسكوت وإنكار)** الباء بمعنى في: أي الصلح الواقع في سكوت وإنكار، والظرفية مجازية، ولا يصلح جعلها سببية لأن سبب الصلح الدعوى. قوله: **(وإنكار)** الواو بمعنى أو. قوله: **(معاوضة في حق المدعي)** لأنه يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه. درر. فبطل الصلح على دراهم بعد دعوى دراهم إذا تفرقا قبل القبض. بحر. قوله: **(وفداء يمين وقطع نزاع في حق الآخر)** إذ لولاه لبقي النزاع ولزم اليمين. قال الزيلعي: وهذا في الإنكار ظاهر، لأنه تبين بالإنكار أن ما يعطيه لقطع الخصومة وفداء اليمين، وكذا في السكوت لأنه يحتمل الإقرار والإنكار، وجهة الإنكار راجحة إذ الأصل فراغ الذمم فلا يجب بالشك، ولا يثبت به كون ما في يده عوضاً عما وقع بالشك: أي مع أن حمله على الإنكار أولى، لأن فيه دعوى تفريغ الذمة وهو الأصل كما علمت. قوله: **(فلا شفعة في صلح عن دار مع أحدهما)** يعني إذا ادعى رجل على آخر داره فصالح عنها بدفع شيء لم تجب الشفعة لأنه يزعم أنه يستبقي الدار المملوكة له على نفسه بهذا الصلح ويدفع خصومة المدعي عن نفسه، لا أنه يشتريها وزعم المدعي لا يلزمه. منح قوله: **(فيدلي بحجته)** أي فيتوصل الشفيع بحجة المدعي إلى إثبات الدعوى عليه: أي على المدعي المنكر أو الساكت. قوله: **(لأن بإقامة البينة)** حذف اسم إن. قوله: **(فنكل)** بتشديد اللام: أي الشفيع المدعى عليه أن الدار لم تكن للمدعي.

شرنبلالية (وتجب في صلح) وقع (عنها بأحدهما) أو بإقرار، لأن المدعي يأخذها عن المال فيؤاخذ بزعمه.

(وما استحق من المدعى رد المدعي حصته من العوض ورجع بالخصومة فيه) فيخاصم المستحق لخلو العوض عن الغرض (وما استحق من البدل رجع إلى الدعوى في كله أو بعضه) هذا إذا لم يقع الصلح بلفظ البيع،

قال في الخانية: ادعيا أرضاً في يد رجل بالإرث من أبيهما فجحد ذو اليد فصالحه أحدهما على مائة لم يشاركه الآخر، لأن الصلح معاوضة في زعم المدعي فداء يمين في زعم المدعى عليه فلم يكن معاوضة من كل وجه، فلا يثبت للشريك حق الشركة بالشك. وفي رواية عن أبي حنيفة يشاركه انتهى ملخصاً.

أقول: لم لم يؤاخذ بزعمه كما يأتي نظيره؟ ولعل العلة في ذلك أنه باع نصيبه فقط ولا شركة لأخيه فيه. بخلاف ما لو صالح المديون على مقدار معلوم حيث يشاركه أخوه كما هو ظاهر، تأمل. قوله: (وتجب) أي تجب الشفعة في دار وقع الصلح عليها بأن تكون بدلاً. قوله: (بأحدهما) أي الإنكار أو السكوت. قوله: (أو بإقرار) لا حاجة إليه للاستغناء عنه بقوله في الصلح عن إقرار فتجري فيه الشفعة. قوله: (عن المال) أي عوض عن الضمير. قوله: (فيؤاخذ بزعمه) حتى لو ادعى داراً فأنكر فصالحه عنها عن دار أخرى وجبت الشفعة في التي صالح عليها دون الأخرى لما ذكرنا. عيني. وإنكار الآخر المعاوضة لا تمنع وجوب الشفعة فيها، ألا ترى أن رجلاً لو قال أنا اشتريت هذه الدار من فلان وفلان ينكر يأخذها الشفيع بالشفعة، وكذا لو ادعى أنه باع داره من فلان وهو ينكر يأخذها الشفيع منه بالشفعة لأن زعمه حجة في نفسه. زيلعي. قوله: (وما استحق من المدعي) من فيه للتبعيض، فهو قاصر على ما إذا استحق بعضه. قوله: (فيه) أي في البعض المستحق. قوله: (لخلو العوض عن الغرض) علة لقوله: (رد المدعي حصته) وذلك لأن المدعى عليه لم يدفع العوض إلا ليدفع خصومته عن نفسه ويبقى المدعى في يده بلا خصومة أحد، فإذا استحق لم يحصل له مقصوده، وظهر أيضاً أن المدعي لم يكن له خصومة فيرجع عليه انتهى. منح. قوله: (رجع) أي المدعي. قوله: (في كله) إن استحق كل العوض. قوله: (أو بعضه) إن استحق بعضه، لأن المبدل في الصلح عن إنكار هو الدعوى، فإذا استحق البدل وهو المصالح عليه رجع بالمبدل وهو الدعوى: أي إلا إذا كان مما لا يقبل النقض فإنه يرجع بقيمة المصالح عليه كالقصاص والعتق والنكاح والخلع كما في الأشباه عن الجامع الكبير.

قال الحموي: قوله كالقصاص فيه نظر، فإنه ذكر في الجامع الكبير أنها لو كانت الدعوى قصاصاً فصالحه المدعى عليه من غير إقرار على جارية فاستولدها المدعي ثم

فإن وقع به رجع بالمدعي نفسه لا بالدعوى، لأن إقدامه على المبايعة إقرار بالملكية. عيني وغيره.

(وهلاك البدل) كلاً أو بعضاً (قبل التسليم له) أي للمدعي

استحقت فأخذها المستحق وضمنه العقر وقيمة الولد فإن المدعي يرجع إلى دعواه، فلو أقام البينة أو نكل المدعى عليه رجع بقيمة الولد وقيمة الجارية أيضاً ولا يرجع بما ادعاه، بخلاف ما تقدم: يعني لو ادعى على رجل ألفاً فجحدها أو سكت فصالحه على جارية فقبضها واستولدها ثم استحقها مستحق فأخذها فإنه لا يرجع بقيمة الجارية ويرجع بما ادعاه وهو الألف.

والفرق أن الصلح ثمة وقع عن دعوى المال وأنه يحتمل الفسخ بالإقالة والرد بالعيب والخيار، فكذا تنفسخ بالاستحقاق، وإذا انفسخ عادت الدعوى كما كانت فيرجع بما ادعاه وهو الألف. أما الصلح عن القصاص فلا يحتمل الفسخ لأنه بعد سقوطه لا يحتمل العود، لأن الصلح عفو فلا يحتمل النقض كالعتق والنكاح والخلع، فإذا لم ينفسخ باستحقاق الجارية بقي الصلح على حاله وهو السبب الموجب تسليم الجارية وقد عجز عن تسليمها فيجب قيمتها. كذا في شرح تلخيص الجامع للفخر الماردينى.

ثم قال: وفيه إشكال، وهو أن يقال: إذا أقررتم أن الصلح عن الدم لا ينتقض باستحقاق الجارية وجب أن لا يرجع إلى دعواه: يعني سواء كان الصلح عن إنكار أو بينة أو نكول لأن الرجوع إلى الدعوى نتيجة انتقاض الصلح كما تقدم آنفاً ولم ينتقض. انتهى.

قال في البحر: ولو استحق المصالح عليه أو بعضه رجع إلى الدعوى في كله أو بعضه، إلا إذا كان مما لا يتعين بالتعيين وهو من جنس المدعى به فيستحق يرجع بمثل ما استحق ولا يبطل الصلح، كما إذا ادعى ألفاً فصالحه على مائة وقبضها فإنه يرجع عليه بمائة عند استحقاقها سواء كان الصلح بعد الإقرار أو قبله كما لو وجدها ستوقة أو نبهرجة، بخلاف ما إذا كان من غير الجنس كالدنانير: هذا إذا استحقت بعد الافتراق فإن الصلح يبطل، وإن كان قبله رجع بمثلها ولا يبطل الصلح كالفلوس اهـ. قوله: (فإن وقع به) أي بلفظ البيع، بأن عبر بلفظ البيع عن الصلح في الإنكار والسكوت بأن قال أحدهما بعتك هذا الشيء بهذا وقال الآخر اشتريته حيث يرجع المدعي عند الاستحقاق عن المدعى عليه بالمدعي نفسه لا بالدعوى، لأن إقدام المدعى عليه عن المبايعة إقرار منه بأن المدعي ملك للمدعي فلا يعتبر إنكاره، بخلاف الصلح لأنه لم يوجد منه ما يدل على أنه أقر بالملك له، إذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة كما يأتي قريباً قوله: (لأن إقدامه) أي المدعى عليه قوله: (إقرار بالملكية) أي للمدعي، بخلاف الصلح لأنه لم يوجد منه ما يدل على أنه أقر بالملك له، إذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة قوله: (قبل التسليم له) وأما هلاكه بعد

(كاستحقاقه) كذلك (في الفصلين) أي مع إقرار أو مع سكوت أو إنكار، وهذا لو البدل مما يتعين وإلا لم يبطل بل يرجع بمثله. عيني.

(صالح عن) كذا في نسخ المتن والشرح، وصوابه على (بعض ما يدعيه) أي عين يدعيها لجوازه في الدين كما سيجيء فلو ادعى عليه داراً فصالحه على بيت معلوم منها

تسليمه له فيهلك على المدعي لدخوله في ضمانه. قوله: (كاستحقاقه) أي كاستحقاق بدل الصلح كذلك. أي كلاً أو بعضاً. قوله: (في الفصلين) أي مع إقرار أو مع سكوت وإنكار فيرجع بالمدعي أو بالدعوى، فإن كان عن إقرار رجع بعد الهلاك إلى المدعي، وإن كان عن إنكار رجع إلى الدعوى. وإذا هلك بعضه يكون كاستحقاق بعضه حتى يبطل الصلح في قدره ويبقى في الباقي. منح. قوله: (وهذا) أي رجوعه إلى الدعوى عند استحقاق البدل أو هلاكه قبل التسليم. قوله: (لو البدل) أي لو كان البدل مما يتعين. قوله: (وإلا) بأن كان لا يتعين وهو من جنس المدعى به. قوله: (لم يبطل) أي الصلح. قوله: (بل يرجع بمثله) كأن كان دراهم أو دنانير، فإن الصلح لا يبطل بهلاكه لأنهما لا يتعينان في العقود والفسوخ فلا يتعلق بهما العقد عند الإشارة إليهما وإنما يتعلق بمثلهما في الذمة فلا يتصور فيه الهلاك.

والحاصل: أنه إذا ادعى عليه ألفاً فصالحه عن مائة وقبضها فإنه يرجع عليه بالمائة عند استحقاقها سواء كان الصلح قبل الافتراق أو بعده، بخلاف ما إذا كان من غير الجنس كالدنانير هنا إذا استحقت بعد الافتراق فإن الصلح يبطل، وإن كان قبله فإنه يرجع بمثلها ولا يبطل الصلح كالفلوس كما قدمنا. قوله: (كذا في نسخ المتن والشرح) لعله هو الذي وقع له، والذي في نسخة الشرح التي بيدي «على». قوله: (أي عين يدعيها) تفسير له وتخصيص لعمومه فإنها تشمل الدين. حلبي. وهذا لو قائماً، ويأتي حكم ما إذا كان هالكاً عند قول المتن «والصلح عن المغصوب الهالك». قوله: (لجوازه في الدين) بجواز إسقاطه، وهو علة للتخصيص المذكور: إنما كان هذا خاصاً بالعين لجوازه في الدين، لأن الصلح عن دين ببعضه أخذ لبعض حقه وإسقاط للباقي كما يأتي وإسقاط الدين جائز، وإنما لم يجز في العين لأن الإبراء عن الأعيان لا يصح، ولذا لو زاد على البعض ثوباً أو درهماً صح لأنه يجعل الثوب أو الدرهم بدلاً عن الباقي، وكذا لو أبرأه عن الدعوى في باقيها يصح، فلو صالحه على بيت منها على أن يترك الدعوى في باقيها كأن أخذ البعض حقه وإبراء عن الدعوى في الباقي والإبراء عن الدعوى صحيح، فليس له أن يدعي بعد ذلك ولكن لا يملكها ديانة لعدم وجود التمليك لها لفقد سببه. قوله: (فلو ادعى عليه داراً) تفريع على المتن وتمثيل له ح. قوله: (على بيت معلوم منها) الظاهر أنه كان على

فلو من غيرها صح. قهستاني (لم يصح) لأن ما قبضه من عين حقه وإبراء عن الباقي، والإبراء عن الأعيان باطل. قهستاني. وحيلة صحته ما ذكره بقوله: (إلا بزيادة شيء) آخر كثوب ودرهم (في البدل) فيصير ذلك عوضاً عن حقه فيما بقي (أو) يلحق به (الإبراء عن دعوى الباقي) لكن ظاهر الرواية

بعض شائع منها كذلك للعلة المذكورة. قوله: (فلو من غيرها صح) الأولى تأخيره عن قوله «لم يصح» وصلته ليكون مفهوماً للتقييد بقوله «منها» وليسلم من الفصل بين لو وجوابها وهو قوله لم يصح بأجنبي وهو. قوله: «فلو من غيرها صح». قوله: (لأن ما قبضه من عين حقه) أي بعض عين حقه وهو على دعواه في الباقي، لأن الصلح إذا كان على بعض عين المدعي كان استيفاء لبعض الحق وإسقاطاً للبعض، والإسقاط لا يرد على العين بل هو مخصوص بالدين، حتى إذا مات واحد وترك ميراثاً فأبرأ بعض الورثة عن نصيبه لم يجز لكون براءته عن الأعيان. درر. ويأتي قريباً بأوضح مما هنا. قوله: (كثوب ودرهم) أشار بذلك إلى أنه لا فرق بين القيمي والمثلي. قوله: (فيصير ذلك) أي المزيد من الثوب والدرهم. قوله: (عوضاً عن حقه فيما بقي) أي فيكون مستوفياً بعض حقه وآخذ العوض عن البعض. قوله: (أو يلحق) منصوب بأن مضمرة مثل ـ أو يرسل ـ فيكون مؤولاً بمصدر مجرور معطوف على مجرور الباء وهو بضم الياء من الإلحاق. قوله: (عن دعوى الباقي) لأن الإبراء عن عينه غير صحيح: أي في حق الدعوى وسقوط العين ديانة كما في المبسوط، ولذا قيد به.

وأما الإبراء عن دعوى العين فجائز كما في الدرر، وهو أن يقول برئت عنها أو عن خصومتي فيها أو عن دعواي هذه الدار فلا تسمع دعواه ولا بينته. وأما لو قال أبرأتك عنها أو عن خصومتي فيها فإنه باطل، وله أن يخاصم: أي غير المخاطب، كما لو قال لمن بيده عبد برئت منه فإنه يبرأ، ولو قال أبرأتك لا لأنه إنما أبرأه عن ضمان كما في الأشباه من أحكام الدين.

قلت: ففرقوا بين أبرأتك وبرئت أو أنا بريء لإضافة البراءة لنفسه فتعم، بخلاف أبرأتك لأنه خطاب الواحد فله مخاصمة غيره كما في حاشيتها معزياً للولوالجية شرح الملتقى.

وفي البحر: الإبراء إن كان على وجه الإنشاء كأبرأتك، فإن كان عن العين بطل من حيث الدعوى فله الدعوى بها على المخاطب وغيره ويصح من حيث نفي الضمان، وإن كان عن دعواها: فإن أضاف الإبراء إلى المخاطب كأبرأتك عن هذه الدار أو عن خصومتي فيها أو عن دعواي فيها لا تسمع دعواه على المخاطب فقط، وإن أضافه إلى نفسه كقوله برئت عنها أو أنا بريء فلا تسمع مطلقاً؛ هذا لو على طريق الخصوص: أي

للصحة مطلقاً. شرنبلالية. ومشى عليه في الاختيار،

عين مخصوصة، فلو على العموم فله الدعوى على المخاطب وغيره، كما لو تبارأ الزوجان عن جميع الدعاوى وله أعيان قائمة له الدعوى بها لأنه ينصرف إلى الديون لا الأعيان، وأما إذا كان على وجه الإخبار كقوله هو بريء مما لي قبله فهو صحيح متناول للدين والعين فلا تسمع الدعوى، وكذا لا ملك لي في هذا العين. ذكره في المبسوط والمحيط، فعلم أن قوله لا أستحق قبله حقاً مطلقاً ولا دعوى يمنع الدعوى بالعين والدين، لما في المبسوط: لا حق لي قبله يشمل كل عين ودين، فلو ادعى حقاً لم يسمع ما لم يشهدوا أنه بعد البراءة اهـ ما في البحر ملخصاً. وقوله بعد البراءة يفيد أن قوله لا حق لي إبراء عام لا إقرار. قوله: (للصحة مطلقاً) ولو من غير هذه الحيلة فلا تصح الدعوى بعده وإن برهن.

أقول: الإبراء عن الأعيان لا يصح اتفاقاً، أما في خصوص المسألة، وهو ما إذا ادعى داراً وصالحه على بيت منها يصح في ظاهر الرواية، ويجعل كأنه قبل منه بعض حقه وأبرأه عن الدعوى في باقيه كما قدمنا، لأن الإبراء عن العين إبراء عن الدعوى فيه، والإبراء عن الدعوى في الأعيان صحيح. وهذا ما في المتن وهو رواية ابن سماعة لم يجعله إبراء عن الدعوى وقال بعدم صحته.

قال في الاختيار: ولو ادعى داراً فصالحه على قدر معلوم منها جاز ويصير كأنه أخذ بعض حقه وأبرأه عن دعوى الباقي، والبراءة عن العين وإن لم تصح لكن البراءة عن الدعوى تصح، فصححناه على هذا الوجه قطعاً للمنازعة. اهـ.

وفي الذخيرة البرهانية: ادعى داراً في يد رجل واصطلحا على بيت معلوم من الدار فهو على وجهين: إن وقع الصلح على بيت معلوم من دار أخرى للمدعى عليه فهو جائز، وإن وقع الصلح على بيت معلوم من الدار التي وقع فيها الدعوى فذلك الصلح جائز لأنه في زعم المدعي أنه أخذ بعض حقه وترك البعض، وفي زعم المدعى عليه أنه فداء عن يمينه. وإذا جاز هذا الصلح هل يسمع دعوى المدعي بعد ذلك وهل تقبل إن كان البيت من دار أخرى؟ لا تسمع دعواه باتفاق الروايات، لأن هذا معاوضة باعتبار جانب المدعي فكأنه باع ما ادعى بما أخذ.

وفيما إذا وقع الصلح على بيت من هذه الدار ذكر شيخ الإسلام نجم الدين النسفي في شرح الكافي أنه تسمع، وهكذا يفتي الشيخ الإمام الأجل ظهير الدين المرغيناني، وذكر شيخ الإسلام في شرحه أنه لا تسمع دعواه. وروى ابن سماعة عن محمد أنه تسمع.

قالوا: وهكذا ذكر في بعض روايات الصلح، واتفقت الروايات أن المدعى عليه لو أقر بالدار للمدعي أنه يؤمر بتسليم الدار إليه، وفي رواية ابن سماعة أن المدعي بهذا الصلح استوفى بعض حقه أو أبرأ عن الباقي، إلا أن الإبراء لاقى عيناً والإبراء عن

وعزاه في العزمية للبزازية.

وفي الجلالية لشيخ الإسلام: وجعل ما في المتن رواية ابن سماعة، وقولهم

الأعيان باطل، فصار وجوده وعدمه بمنزلة شيء واحد. وجه ظاهر الرواية أن الإبراء لاقى عيناً ودعوى فإنّ المدعي كان يدعي جميع الدار لنفسه والإبراء عن الدار صحيح، وإن كان الإبراء عن العين لا يصح، فإن من قال لغيره أبرأتك عن دعوى هذا العين صح الإبراء حتى لو ادعى بعد ذلك فلا تسمع.

أو نقول: الإبراء لاقى الدعوى، فإن قوله أبرأتك عن هذه العين معناه أبرأتك عن دعوى هذه العين؛ ألا ترى أن قول المغصوب منه للغاصب أبرأتك عن العبد المغصوب معناه أبرأتك عن ضمان العبد المغصوب، وبهذه المسألة تبين أن معنى قولنا البراءة عن الأعيان لا تصح أن العين لا تصير ملكاً للمدعى عليه بالإبراء لا أن يبقى المدعي على دعواه.

وفي آخر كتاب الدعوى في منتقى ابن سماعة عن محمد: في رجل خاصم رجلاً في دار يدعيها ثم قال أبرأتك عن هذه الدار أو قال أبرأتك عن خصومتي هذا كله باطل وله أن يخاصم، ولو قال برئت من هذه الدار أو قال برئت من دعوى هذه الدار كان جائزاً ولا حق فيها، ولو جاء ببينة لم أقبلها.

وفي منتقى إبراهيم بن رستم عن محمد: رجل ادعى داراً في يد رجل فصالحه المدعى عليه على نصفها وقال برئت من دعواي في النصف الباقي أو قال برئت من النصف الباقي أو قال لا حق لي في النصف الباقي ثم أقام البينة على جميع الدار لا تقبل بينته، ولو قال صالحتك على نصفها على أني أبرأتك من دعواي في النصف الآخر ثم أقام بينة كان له أن يأخذ الدار كلها، وفرق بين قوله برئت وبين قوله أبرأتك. قال: ألا ترى أن عبداً في يد رجل لو قال لرجل برئت منه كان بريئاً منه، ولو قال أبرأتك منه كان له أن يدعيه وربما أبرأه من ضمانه. قال: وقال أصحابنا رحمهم الله تعالى لو قال: أنت مني بريء وأنا منك بريء كان له أن يدعي في العبد اهـ. قوله: (في العزمية) ووجهه كما في الحموي أن الإبراء لاقى عيناً ودعوى والإبراء عن الدعوى صحيح، فإن من قال لغيره أبرأتك عن دعوى هذه العين صح، ولو ادعاه بعد لم تسمع. قوله: (للبزازية) عبارتها: وهذا هو المذكور في أكثر الفتاوى على اختلاف ظاهر الرواية وفي ظاهر الرواية يصح، ولا تصح الدعوى وإن برهن. قوله: (وقولهم) جواب سؤال وارد على ظاهر الرواية، تقديره: كيف صح الصلح على بعض العين المدعاة مطلقاً مع أنه يلزم منه البراءة عن باقيها؟

وقد قالوا: الإبراء عن الأعيان باطل، ومقتضاه أنه لا يصح. أفاده الطحطاوي. لكن ما ذكره وارد على كلام الماتن على ظاهر الرواية، إذ لا تعرض للإبراء فيها، وما

الإبراء عن الأعيان باطل، معناه بطل الإبراء عن دعوى الأعيان ولم يصر ملكاً للمدعى عليه، ولذا لو ظفر بتلك الأعيان حل له أخذها لكن لا تسمع دعواه في الحكم.

وأما الصلح على بعض الدين فيصح ويبرأ عن دعوى الباقي أي قضاء لا ديانة، فلذا لو ظفر به أخذه. قهستاني. وتمامه في أحكام الدين من الأشباه،

تضمنه الصلح إسقاط للباقي لا إبراء، فافهم وتأمل. قوله: (عن دعوى الأعيان) الأنسب هنا حذف. قوله: «دعوى» كما يظهر مما تقدم من عبارة الذخيرة، وهو المناسب لسياق كلامه ولما يأتي من الاستدراك الآتي في. قوله: «لكن تسمع دعواه في الحكم» إذ لو بطل الإبراء عن الدعوى لسمعت دعواه، ولأن الفقه صحة البراءة عن دعوى الأعيان كما مر بلا خلاف فيه، ولو قال الإبراء عن الأعيان باطل ديانة لا قضاء لكان أحكم. والله تعالى أعلم. قوله: (ولم يصر ملكاً للمدعى عليه) هو المقصود من المقام. أي أن معنى بطلان البراءة عن الأعيان أنها لا تصير ملكاً للمبرىء منها فحق للمدعي أخذها إن وجدها، وليس معنى البطلان المذكور أنه يسوغ له الدعوى بها بعد الإبراء منها. أبو السعود. قوله: (وأما الصلح على بعض الدين) مفهوم. قوله: أمانة أي عين يدعيها.

قال المقدسي معزياً للمحيط: له ألف فأنكره المطلوب فصالحه على ثلاثمائة من الألف صح ويبرأ عن الباقي قضاء لا ديانة، ولو نقده الألف فأنكر الطالب فصالحه بمائة صح ولا يحل له أخذها ديانة، فيؤخذ من هنا ومن أن الربا لا يصح الإبراء عنه ما يقع منه عدم صحة براءة قضاة زماننا مما يأخذونه ويطلبون الإبراء فيبرئونهم، بل ما أخذه عن الربا أعرق[1] بجامع عدم الحل في كل.

واعلم أن عدم براءته في الصلح مستثنى منه في الخانية ما لو زاد أبرأتك عن البقية. سائحاني: أي حيث يبرأ حينئذ قضاء وديانة.

قلت: ويظهر من هذا أن ما تضمنه الصلح من الإسقاط ليس إبراء من وجه، وإلا لم يحتج لقوله: وأبرأتك عن البقية. قوله: (أي قضاء لا ديانة) هذا إذا لم يبرئه الغريم من الباقي وإلا برىء ديانة كما علمت.

أقول: تأمل فيه مع أنهم قالوا إن الصلح عن الدين على بعضه أخذ لبعض حقه وإسقاط للباقي وإسقاط الدين يصح. فالذي يظهر أنه يسقط قضاء وديانة، ولو تم ما ذكره هنا لم يبق فرق بين الدين والعين على ظاهر الرواية. تأمل. قوله: (وتمامه في أحكام الدين من الأشباه) وعبارتها. ومنها صحة الإبراء عن الدين، ولا يصح الإبراء عن

---

(١) في ط (قوله أعرق) بالقاف: أي أشد حلالاً في التحريم من غيره.

وقد حققته في شرح الملتقى

الأعيان والإبراء عن دعواها صحيح ؛ فلو قال أبرأتك عن دعوى هذا العين صح الإبراء فلا تسمع دعواه بها بعده، ولو قال برئت من هذه الدار ومن دعوى هذه لم تسمع دعواه وبيّنه، ولو قال أبرأتك عنها أو عن خصومتي فيها فهو باطل وله أن يخاصم، وإنما أبرأه عن ضمانه. كذا في النهاية من الصلح.

وفي كافي الحاكم: لا حق لي قبله يبرأ من الدين والعين والكفالة والإجارة والحدود والقصاص ا هـ.

وبه علم أنه يبرأ من الأعيان في الإبراء العام، لكن في مداينات القنية: افترق الزوجان وأبرأ كل واحد منهما صاحبه عن جميع الدعاوى وكان للزوج بذر في أرضها وأعيان قائمة الحصاد والأعيان القائمة لا تدخل في الإبراء عن جميع الدعاوى ا هـ. ويدخل في الإبراء العام الشفعة فهو مسقط لها قضاء لا ديانة إن لم يقصدها. كذا في الولوالجية.

وفي الخانية: الإبراء عن العين المغصوبة إبراء عن ضمانها وتصير أمانة في يد الغاصب. وقال زفر: لا يصح الإبراء وتبقى مضمونة، ولو كانت العين مستهلكة صح الإبراء وبرىء من قيمتها ا هـ. فقولهم حينئذ الإبراء عن الأعيان باطل معناه: أنها لا تكون ملكاً له بالإبراء، وإلا فالإبراء عنها لسقوط ضمانها صحيح أو يحمل على الأمانة اهـ: أي إن البطلان عن الأعيان محله إذا كانت الأعيان أمانة، لأنها إذا كانت أمانة لا تلحقه عهدتها فلا وجه للإبراء عنها. تأمل.

وحاصله: أن الإبراء المتعلق بالأعيان: إما أن يكون عن دعواها وهو صحيح مطلقاً، وإن تعلق بنفسها: فإن كان مغصوبة هالكة صح أيضاً كالدين، وإن كانت قائمة فهي بمعنى البراءة عنها عن ضمانها لو هلكت وتصير بعد البراءة من عينها كالأمانة لا تضمن إلا بالتعدي عليها، وإن كانت العين أمانة فالبراءة لا تصح ديانة بمعنى أنه إذا ظفر بها مالكها أخذها وتصح قضاء فلا يسمع القاضي دعواه بعد البراءة. هذا ملخص ما استفيد من هذا المقام ط، وقدمنا قريباً زبدته وزيادة وهو كلام حسن يرشدك إلى أن قول الشارح معناه الخ محمول على الأمانة إلى أن قوله فتصح قضاء فيه أنه باطل والحالة هذه فلا تصح لا قضاء ولا ديانة، بل حملوا إطلاق قولهم البراءة عن الأعيان باطلة على هذه الصورة. تأمل.

بقي لو ادعى عيناً هالكة في يده فأنكره ثم أبرأه المدعي عنها فهو بمنزلة دعوى الغصب لأنه بالإنكار صار غاصباً، وهل تسمع الدعوى بعده لو قائمة؟ الظاهر نعم.

قوله: (وقد حققته في شرح الملتقى) نصه قلت: وقولهم عن الأعيان لا يصح معناه أن

(و) صح الصلح (عن دعوى المال مطلقاً) ولو بإقرار أو بمنفعة (و) عن دعوى (المنفعة)

العين لا تصير ملكاً للمدعى عليه لا أنه يبقى على دعواه بل تسقط في الحكم إذا كان الإبراء مضافاً للمتكلم كالصلح عن بعض الدين فإنه إنما يبرأ عن باقيه في الحكم لا في الديانة: أي عن غير ما في غير الذمة إذ لا يسقط بالإسقاط. أما القائم بها فيسقط به. والصلح إما إسقاط للباقي أو إبراء عنه، وكلاهما صحيح في دين الذمة، ولذا لو ظفر به أخذه. قهستاني وبرجندي وغيرهما. وأما الإبراء عن دعوى الأعيان فصحيح بلا خلاف اهـ ح. لكن قوله لأنه يبقى على دعواه الخ يخالف لما نقلناه عن شرح الملتقى آنفاً عند قوله عن دعوى الباقي.

وفي الخلاصة: أبرأتك عن هذه الدار أو عن خصومتي فيها أو عن دعواي فيها فهذا كله باطل، حتى لو ادعى بعده تسمع، ولو أقام بينة تقبل اهـ. لكن في قوله لو ادعى بعده تسمع: أي على غير المخاطب كما مر عن البحر تأمل.

والحاصل: أن الذي تعطيه عبارة الكتب المشهورة إن كان الإبراء عنها على وجه الإنشاء، فإما أن يكون عن نفس العين أو عن الدعوى بها، فإن كان عن نفس العين فهو باطل من جهة أن له الدعوى بها على المخاطب وغيره صحيح من جهة الإبراء عن وصف الضمان، فالإبراء الصادر في المنقول والعقار إبرائه عن الأعيان لا يمنع الدعوى بأعيانها على المخاطب ولا غيره، فافهم تغنم. قوله: (وصح الصلح عن دعوى المال) لأنه في معنى البيع، فما جاز بيعه جاز صلحه. درر.

ولما كان جواز الصلح وعدم جوازه دائراً على أصل وهو وجوب حمل الصلح على أقرب عقد من العقود المعهودة وأشباهها مهما أمكن وصح هذا الصلح لأنه محمول على عقد البيع لاشتراكهما في مبادلة المال بالمال وهي حقيقة البيع، وصح عن دعوى المنفعة حملاً على الإجارة وعن دعوى الرق حملاً على العتق بمال لاشتراكهما في تمليك المنفعة بعوض في الأول وفي أصل العتق في الثاني، فيراعى في الملحق ما يراعى في الملحق به مهما أمكن. وذكر فساد صلح الزوج عن دعوى المرأة النكاح وفساد صلح عن دعوى حد الخ بناء على هذا الأصل أيضاً، لأنه لما لم يكن الحمل على واحد من العقود المعهودة ولم يكن مصحح آخر في كل منها حكم بفساده. تدبر. قوله: (ولو بإقرار) بيان لوجه الإطلاق: أي سواء كان بإقرار أو سكوت أو إنكار، وسواء كان بمال أو بمنفعة. قوله: (وبمنفعة) أي ولو بمنفعة، ويكون بمعنى الإجارة إذا كان عن إقرار. قوله: (وعن دعوى المنفعة) صورته: أن يدعي على الورثة أن الميت أوصى بخدمة هذا العبد وأنكر الورثة لأن الرواية محفوظة. على أنه لو ادعى استئجار عين والمالك ينكر ثم صالح لم يجز اهـ. وفي الأشباه:

ولو بمنفعة عن جنس آخر (و) عن دعوى (الرق وكان عتقاً على مال) ويثبت الولاء لو بإقرار وإلا لا إلا ببينة. درر.

قلت: ولا يعود بالبينة رقيقاً، وكذا في كل موضع أقام بينة بعد الصلح لا يستحق المدعي لأنه يأخذ البدل باختياره نزل بائعاً فليحفظ (و) عن دعوى الزوج

الصلح جائز عن دعوى المنافع إلا دعوى إجارة كما في المستصفى اهـ. رملي. وهذا مخالف لما في البحر. تأمل. قوله: (ولو بمنفعة عن جنس آخر) الأولى التعبير بمن كالصلح عن السكنى على خدمة العبد، بخلاف الصلح عن السكنى على سكنى فلا يجوز كما في العيني والزيلعي. قال السيد الحموي: لكن في الولوالجية ما يخالفه، حيث قال: وإذا ادعى سكنى دار فصالحه على سكنى دار أخرى مدة معلومة جاز، وإجارة السكنى بالسكنى لا تجوز. قال: وإنما كان كذلك لأنهما ينعقدان تمليكاً بتمليك اهـ. أبو السعود. وذكره ابن ملك في شرح الوقاية مخالفاً لما ذكره في شرحه على المجمع. قال في اليعقوبية: والموافق للكتب ما في شرح المجمع.

والحاصل: أن الجنس إحدى علتي الربا وبإحدى العلتين يحرم، فتمليك المنافع لا يكون إلا نسيئة لحدوثه آناً بعد آن، فيمتنع مع اتحاد الجنس لا مع اختلافه. قوله: (ومن دعوى الرق وكان عتقاً على مال) صورته: إذا ادعى على مجهول الحال أنه عبده فصالحه المدعى عليه على مال جاز وكان عتقاً بمال مطلقاً: أي في حق المدعي والمدعى عليه إن كان عن إقرار، وفي حق المدعي إن كان عن سكوت أو إنكار، ويكون حينئذ فداء يمين وقطعاً للخصومة في حق المدعى عليه. قوله. (ويثبت الولاء) لو وقع الصلح بإقرار. أي من المدعى عليه وهو العبد. قوله: (وإلا) أي وإن لم يكن بإقرار بأن كان الصلح عن إنكار أو سكوت. قوله: (لا) أي لا يثبت الولاء لأنه لم يصدقه على أنه معتقه بل ينكر العتق ويدعي أنه حر الأصل، ومن ادعى ولاء شخص لا يثبت له إلا بتصديق المدعى عليه كما تقدم في الإقرار. قوله: (إلا ببينة) أي إلا أن يقيم المدعي البينة بعد ذلك فتقبل بينته في حق ثبوت الولاء عليه لا غير حتى لا يكون رقيقاً، لأنه جعل معتقاً بالصلح فلا يعود رقيقاً. منح. قوله: (ولا يعود بالبينة الخ) يغني عنه قوله وكان عتقاً على مال، لأنه بالبينة أثبت أنه كان رقيقاً قبل الصلح وقد وقع الصلح عتقاً على مال على ما قدمه فلا وجه لعوده رقيقاً. قوله: (المدعي) بالبناء للمجهول، وسيأتي آخر الباب استثناء مسألة، وهي قوله إلا في الوصي على مال اليتيم. قوله: (بأخذ البدل) متعلق بنزل. قال الحموي: ولو كان المدعي كاذباً لا يحل له البدل ديانة. قوله: (نزل بائعاً) أي بأخذ البدل: أي فيما يصلح أن يكون بائعاً فيه أو مستأجراً أو مؤجراً أو معتقاً على مال أو مختلفاً فيما يصلح له. قوله: (عن دعوى الزوج) لو أسقط لفظ الزوج ما ضر. قال في

(النكاح) على غير مزوّجة (وكان خلعاً) ولا يطيب لو مبطلاً ويحل لها التزوج لعدم الدخول، ولو ادعته المرأة فصالحها لم يصح. وقاية ونقاية ودرر وملتقى، وصححه

الشرنبلالية: لو أسقط لفظ الزوج لكان أولى. ثم قال: وهذا إذا لم تكن ذات زوج، لأنه لو كان لها زوج لم يثبت نكاح المدعي فلا يصح الخلع انتهى. قوله: (على غير مزوجة) أما لو كان لها زوج أي ثابت لم يثبت نكاح المدعي فلا يصح الخلع. شرنبلالية. قال القهستاني: لأنه لو كانت ذات زوج لم يصح الصلح، وليس عليها العدة ولا تجديد النكاح من زوجها كما في العمادية، وشمل كلامه ما إذا ادعى أنها زوجته قبل أن يتزوجها هذا الزوج الموجود في حال الدعوى، لأنه حين ادعى النكاح ادعاه على غير مزوجة. أما لو ادعى أنه تزوجها في حال قيام الزوجية لم تصح دعواه فلا يصح صلحه لعدم تأتي كونه خلعاً، وكذا لو لم يحل له نكاح المدعى عليه كتزوج أختها أو أربع سواها فدعواه لا تصح حينئذ، ولا وجه لصحة صلحه لعدم إمكان كونه خلعاً، لأن الخلع لا يكون إلا بعد النكاح الصحيح. قوله: (وكان خلعاً) ظاهر أنه ينقص عدد الطلاق فيملك عليها طلقتين لو تزوجها بعد، أما إذا كان عن إقرار فظاهر، وأما إذا كان عن إنكار أو سكوت فمعاملة له بزعمه، فتدبر ط. قوله: (ولا يطيب لو مبطلاً) هذا عام في جميع أنواع الصلح. كفاية.

والحاصل: أن ما يأخذه بدلاً عن الصلح إن كان محقاً في دعواه فإنه يطيب له، فإن كان في دعوى المال فإنه بدل ماله، وإن كان في دعوى المنفعة فإنه أجرة ماله، وإن كان في دعوى الرق فإنه بدل العتق، وإن كان في دعوى النكاح فإنه بدل الخلع، ولو كان مبطلاً في دعواه لا يطيب له ما يأخذه لأنه أكل مال أخيه بالباطل، وهذا عام في كل مسائل الصلح. قوله: (لعدم الدخول) أي إذا كان كذلك في نفس الأمر. أما لو علم صحة دعواه وأنه دخل بها أو اختلى لا يحل لها إلا بعد انقضاء العدة. قوله: (لم يصح) لأنه إن جعل ترك الدعوى منه فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة منها، كما إذا مكنت ابن زوجها، وإن لم تجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى، لأن الفرقة لما لم توجد كانت الدعوى على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن شيء ثمة يقابله العوض فكان رشوة اهـ. درر. والظاهر أنه لا يجوز لها التزوج بغيره معاملة لها بزعمها ط.

قال الزيلعي: وإن كانت هي المدعية والزوج ينكر ذكر في بعض نسخ المختصر أنه لا يجوز، لأنه لو جعل ترك الدعوى منها طلاقاً فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة إذ لم يسلم له شيء في هذه الفرقة وهي يسلم لها المال والنفس، وإن لم يجعل فرقة فالحال بعد الصلح على ما كان عليه قبله فتكون على دعواها فلا يكون هذا الصلح مفيداً لقطع الخصومة فلا يصار إليه. وذكر في بعضها أنه يجوز لأنه يجعل كأنه زادها على مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة فيسقط المهر غير الزيادة انتهى. قال الحموي: وأطال

في المجتبى والاختيار، وصحح الصحة في درر البحار

(وإن قتل العبد المأذون له رجلاً عمداً لم يجز صلحه عن نفسه) لأنه ليس من تجارته فلم يلزم المولى، لكن يسقط به القود ويؤاخذ بالبدل بعد عتقه (وإن قتل عبد له) أي للمأذون (رجلاً عمداً وصالحه) المأذون (عنه جاز)

صاحب غاية البيان في ترجيح عدم الجواز. قوله: (وصحح الصحة في درر البحار) لأنه يجعل كأنه زاد في مهرها إلى آخر ما قدمناه، وأقره في غرر الأفكار، وعليه اقتصر في البحر فكان فيه اختلاف التصحيح. وعبارة المجمع: وادعت هي نكاحه فصالحها جاز، وقيل لم يجز.

فائدة في فروق المحبوبي: لو ادعت امرأة أن زوجها طلقها ثلاثاً وأنكر الزوج فصالحها على مائة درهم على أن تبرئه من الدعوى لم يصح، ويرجع الزوج عليها والمرأة على دعواها. ولو ادعى على امرأة نكاحها فجحدت فصالحها على مائة درهم لتقر فأقرت صح ويلزمه المال ويكون هذا ابتداء عقد، وبه يظهر الفرق بين الأولى والثانية، لأن في الفصل الأول لا يمكن جعله ابتداء عقد، وفي الثانية ممكن. قوله: (المأذون له) أي بالتجارة. قوله: (عمداً) قيد به، لأنه لو كان القتل خطأ فالظاهر الجواز لأنه يسلك به مسالك الأموال ط. قوله: (فلم يلزم المولى) لأنه لم يأذن به وإنما أذن له فيما هو من أعمال التجارة وليس هذا منها. قال المقدسي: فإن أجازه صح عليه، وإلا لا. قوله: (لكن يسقط به القود) لأنه صحيح بينه وبين أولياء المقتول لأنه مكلف فيصح تصرفه في حق نفسه لا في مال الغير وهو المولى بغير إذنه، لأن الولي أسقطه بالبدل ولا مانع من جانبه.

وحاصله كما في العناية: أن نفس العبد ليست من كسبه فلا يجوز له التصرف فيها، ولم يجب البدل في حق المولى بل تأخر إلى ما بعد العتق لأن صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفاً، ولم يصح في حق المولى فصار كأنه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق. قوله: (ويؤاخذ) أي المأذون المصالح، لأنه قد التزم المال وهو معسر في حال رقه فينظر إلى الميسرة وهي تكون بعد عتقه. قوله: (وإن قتل عبد له) عبد فاعل قتل. قوله: (وصالحه المأذون) على تقدير مضاف: أي صالح أولياءه. يعني إذا كان لهذا المأذون عبد قتل رجلاً عمداً فصالح عنه مولاه المأذون جاز، وهكذا التصوير في غاية البيان؛ فالمراد بالمولى العبد المأذون وهو مولى عبد قاتل عمداً. وأطلق صحة هذا الصلح فشمل أنه صحيح سواء كان على هذا المولى المأذون دين أو لم يكن، وسواء كان على عبده دين أو لم يكن كما في تكملة الديري. وفي التعبير بالمولى عن المأذون تعسف، كما نبه عليه عزمي زاده. ووجهه أن المولى إنما يطلق على الأسفل بعد عتقه ورق المأذون قائم فلا يصح إطلاق المولى عليه كما

لأنه من تجارته والمكاتب كالحر.

(والصلح عن المغصوب الهالك على أكثر من قيمته قبل القضاء بالقيمة جائز)

أفاده المولى أبو السعود. قوله: (لأنه من تجارته) لأن استخلاصه كشرائه. منح. لأنه باستحقاق القتل كالزائل عن ملكه وهو لو خرج عن ملكه كان له أن يشتريه فكذا له أن يستخلصه، بخلاف المكاتب حيث يجوز له أن يصالح عن نفسه كما سيأتي. قوله: (والمكاتب كالحر) أي لخروجه عن يد المولى إذ هو حر يداً واكتسابه له ما لم يعجز، بخلاف المأذون فإنه عبد من كل وجه وكسبه لمولاه ولهذا نفذ تصرفه على نفسه حيث جاز صلحه عنها. قال في الدرر. ولهذا إذا ادعى أحد رقبته فإنه يكون خصماً فيه، وإن جنى عليه كان الأرش له، وإذا قتل لا تكون قيمته للمولى، بل لورثته تؤدى منها كتابته، ويحكم بحريته في آخر حياته، ويكون الفضل لهم، فصار كالحر فيجوز صلحه عن نفسه ولا كذلك المأذون. ذكره الزيلعي انتهى. قوله: (والصلح عن المغصوب) أي القيمي، لأنه لو كان مثلياً فهلك فالمصالح إن كان من جنس المغصوب لا تجوز الزيادة اتفاقاً، وإن كان من خلاف جنسه جاز اتفاقاً. ابن ملك: أي جاز مع اختلاف الجنس. قوله: (الهالك) قيد به لأنه لا خلاف في الصلح بالأكثر عند قيامه إذ لا نظر للقيمة حينئذ أصلاً. ابن ملك. قوله: (على أكثر من قيمته) أي ولو بغبن فاحش. قال في غاية البيان: بخلاف الغبن اليسير فإنه لا دخل تحت تقويم المقومين فلا يعد ذلك فضلاً فلم يكن ربا: أي عندهما، وقيد بقوله: على أكثر من قيمته لأنه محل الخلاف.

قال في جامع الفصولين: غصب كرّ بر أو ألف درهم فصالح على نصفه، فلو كان المغصوب هالكاً جاز الصلح، ولو قائماً أنكر عينه أو أخفاه وهو مقر أو منكر جاز قضاء لا ديانة، ولو حاضراً يراه لكن غاصبه منكر جاز كذلك، فلو وجد المالك بينة على بقية ماله قضى له به، والصلح عن بعض حقه في كيلي أو وزني حال قيامه باطل، ولو أقر بغصبه وهو ظاهر في يده ويقدر مالكه على قبضه فصالحه على نصفه على أن يبرئه عما بقي جاز قياساً لا استحساناً، ولو صالحه في ذلك على ثوب ودفعه جاز في الوجوه كلها إذ يكون مشترياً للثوب بالمغصوب، ولو كان المغصوب قناً أو عرضاً فصالح غاصبه مالكه على نصفه وهو مغيبه عن ملكه وغاصبه مقر أو منكر لم يجز، إذ صلحه عن نصفه يفرز بقيامه، بخلاف كيلي أو وزني إذ يتصور هلاك بعضه دون بعضه عادة، بخلاف ثوب وقن اهـ. قوله: (قبل القضاء بالقيمة) أما بعد القضاء لا يجوز؛ لأن الحق انتقل بالقضاء إلى القيمة. منح. فترد الزيادة على القيمة. أبو السعود. قوله: (جائز) عند الإمام خلافاً لهما لأن حق المالك في الهالك لم ينقطع ولم يتحول إلى القيمة فكان صلحاً عن المغصوب لا عن قيمته، فلا يكون اعتياضه بأكثر من قيمته رباً، والزائد على المالية يكون في مقابلة الصورة

كصلحه بعرض (فلا تقبل بينة الغاصب بعده) أي الصلح على (أن قيمته أقل مما صالح عليه ولا رجوع للغاصب) على المغصوب منه بشيء (لو تصادقا بعد وأنها أقل) بحر.

الباقية حكماً لا القيمة. وعندهما: لا يجوز إذا كان بغبن فاحش، لأن حقه في القيمة فالزائد عليها رباً، وعلى ذلك إذا لم يكن مثلياً صولح عنه على مثله فإنه لا تجوز الزيادة حينئذ، وإن كان من خلاف جنسه جاز اتفاقاً.

والحاصل: أن الإمام يقول: إن الضمان بدل عن العين المستهلكة فيجوز بالغاً ما بلغ، كما إذا كانت قائمة حقيقة. والصاحبان يقولان: إن القيمة هي الواجبة في ضمان العدوان لأنها هي التي يمكن وجوبها في الذمة دون العين فيكون المأخوذ بدلاً عن القيمة عند الصاحبين، فما زاد عن القيمة يكون رباً. أبو السعود. قوله: (كصلحه بعرض) أي سواء كانت قيمته كقيمة الهالك أو أقل أو أكثر، وإنما ذكرها الشارح هنا مع أنها ستأتي متناً إشارة إلى أن محلها هنا، وظاهره أن الصلح عن قيمي بعرض، وإن كانت قيمته أكثر جاز على هذا الخلاف، وليس كذلك بل الصلح على عرض، وإن كانت قيمته أكثر من قيمة المغصوب جائز اتفاقاً. صرح به في الكافي وغيره.

غاية ما يقال: إن مقارنته بما قبله لمجرد تساويهما في الصحة عند زيادة البدل عن قيمة المبدل وإن كان أحدهما اختلافياً والآخر اتفاقياً. نعم لو أفرده بالذكر كما في الهداية وكما فعل المصنف لكان أولى. قوله: (فلا تقبل الخ) لأن بالصلح قد أخذ بعض حقه وأسقط باقيه، والساقط لا يعود. قوله: (ولا رجوع للغاصب على المغصوب منه بشيء) أي سواء كان قبل القضاء بقيمة المغصوب أو بعده لعدم ظهور الربا بين العرض وقيمة المغصوب لفقد العلتين فيه، بخلاف ما لو دفعها من جنس القيمة بعد القضاء بها، لأن تقدير القاضي كتقدير الشارع، فإذا دفع أزيد منه تحقق الربا إن كان من جنس ما قدره القاضي. أما لو قضى بالدراهم فدفع الدنانير أو بالعكس فيجوز أيضاً لفقد العلة وهو اتحاد الجنس، لكن يشترط القبض في مجلس الصلح لئلا يفترقا عن دين بدين. أفاده الرحمتي.

تنبيهات الصلح على أكثر من مهر المثل جائز، ولو طلقها بعد الدخول أو ماتت لا يجوز إلا على قدر مهر المثل، لأنه يصير بمنزلة الدين ولم يبق له حكم المهر ولهذا لا يجوز الزيادة فيه.

استهلك إناء فضة وقضى بالقيمة وافترقا قبل القبض لم يبطل، وكذا لو اصطلحا بلا قضاء غصب طوق ذهب مائتا مثقال فضاع فصالحه على مائة ثم أقر المدعي أن أحدهما كان ملك المدعى عليه فالصلح جائز عن الثاني ولا يرجع عليه، ولو أقام المدعي بينة على

(ولو أعتق موسر عبداً مشتركاً فصالح) الموسر (الشريك على أكثر من نصف قيمته لا يجوز) لأنه مقدر شرعاً فبطل الفضل اتفاقاً (كالصلح في) مسألة (الأولى على أكثر من قيمة المغصوب) بعد القضاء (بالقيمة) فإنه لا يجوز، لأن تقدير القاضي كالشارع (وكذا لو صالح بعرض صح، وإن كانت القيمة أكثر من قيمة مغصوب تلف) لعدم الربا (و) صح (في) الجناية (العمد) مطلقاً ولو في نفس مع إقرار (بأكثر من الدية والأرش) أو بأقل لعدم الربا (وفي الخطأ) كذلك

الألف والدار بعد الصلح كان على حقه في الدار لأن المائتين التي أخذهما إنما هما من الألف وقد حط عن الباقي منها، ولو ادعى داراً أو ألفاً فصالحه على ألف ثم برهن على نصف الدار ونصف الألف لم يكن له من ذلك شيء، ولو أقام البينة على ألف درهم ونصف الدار كانت الألف قصاصاً بالألف وأخذ نصف الدار، ولو استحقت الدار من يد المدعى عليه لم يرجع من الألف بشيء لأنه يقول الألف التي قبضت هي التي ادعيت، ويجنس الألف والدار الدرهم والدينار.

ووجه عدم كون البدل عن الجميع أو الشراء الواحد لا ينتظم الإسقاط والمعاوضة، ولو أعطاه ثوباً من جميع حقه فهو صلح الجميع. قوله: (ولو أعتق موسر عبداً الخ) قيد بالموسر، لأنه لو كان معسراً يسعى العبد في نصفه كما في مسكين. قوله: (لا يجوز لأنه مقدر شرعاً) قال في الدرر: لأن القيمة في العتق منصوص عليها، وتقدير الشرع ليس أدنى من تقدير القاضي فلا تجوز الزيادة عليه اهـ. بخلاف ما تقدم لأنها غير منصوص عليها. وإن صالحه على عرض جاز كيفما كان لأنه لا يظهر الفضل عند اختلاف الجنس. عيني قوله: (لعدم الربا) لأنه قوبل صورة بصورة على قوله أو قيمة بصورة على قولهما، وعلى كل فلا ربا. قوله: (وصح في الجناية العمد الخ) شمل ما إذا تعدد القاتل أو انفرد حتى لو كانوا جماعة فصالح أحدهم على أكثر من قدر الدية جاز، وله قتل البقية والصلح معهم، لأن حق القصاص ثابت على كل واحد منهم على سبيل الانفراد. تأمل. رملي. قوله: (ولو في نفس مع إقرار) تفسير للإطلاق: أي سواء كان العمد في النفس أو ما دونها، وسواء كان الصلح عن إقرار أو إنكار أو سكوت. قوله: (بأكثر من الدية) أي في النفس. قوله: (والأرش) أي في الأطراف. قوله: (أو بأقل) أي على أقل وإن كان أقل من عشرة دراهم لأنه لا موجب له، وإنما يجب بالعقد فيقدر بتقديرهما، بخلاف النكاح حيث لا يجوز تسمية ما دون العشرة فيه لأنه مقدر شرعاً. قوله: (لعدم الربا) لأن الواجب فيه القصاص وهو ليس بمال فلا يتحقق فيه الربا، فلا يبطل الفضل لعدم المجانسة بين موجب العمد وهو القصاص والمدفوع من المال. قوله: (كذلك) أي بأكثر من الدية: أي مطلقاً في النفس أو الأطراف مع الإقرار أو السكوت أو الإنكار. قوله:

(لا تصح الزيادة، لأن الدية في الخطأ مقدرة. حتى لو صالح بغير مقاديرها صح كيفما كان بشرط المجلس، لئلا يكون ديناً بدين، وتعيين القاضي أحدها يصير غيره كجنس آخر ولو صالح على خمر فسد فتلزم الدية في الخطأ ويسقط القود لعدم

(لا تصح الزيادة) أفاد بالتقييد بالزيادة صحة النقص ويجعل إسقاطاً ط. وإذا لم تصح الزيادة فالصلح صحيح والزيادة غير لازمة كما في الدرر والشرنبلالية. قوله: **(لأن الدية في الخطأ مقدرة)** أي شرعاً والزيادة عليها تكون ربا فيبطل الفضل، ومقاديرها مائة بعير أو مائتا بقرة أو مائتا شاة أو مائتا حلة أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم. عزمي عن الكافي. فلا تجوز الزيادة عليه، كما لا يجوز الصلح في دعوى الدين على أكثر من جنسه ط.

قال الرحمتي: وهذا في الدراهم والدنانير ظاهر، وأما في الإبل فينبغي الجواز لفقد التقدير اهـ.

أقول: سيأتي قريباً ما يؤيده فافهم. قوله: **(بغير مقاديرها)** أي بغير الذهب والفضة والإبل، كأن صالح بعروض أو حيوان غير ما ذكر صح سواء كانت قيمته قدر دية أو لا. وأفاد أن الكلام فيما إذا صالح على أحد مقادير الدية المتقدمة. قوله: **(بشرط المجلس)** أي بشرط القبض في المجلس إذا كان ما وقع عليه الصلح ديناً في الذمة، وهذا مقيد بما إذا كان الصلح بمكيل أو موزون كما قيده في العناية. ح بزيادة من ط. قوله: **(لئلا يكون دين بدين)** أي افترقا عن دين وهو الدية بدين وهو ما وقع عليه الصلح. قوله: **(أحدها)** كالإبل مثلاً. قوله: **(يصير)** بضم الياء وفتح الصاد وكسر الياء المشددة فعل مضارع. قوله: **(كجنس آخر)** فلو قضى القاضي بمائة بعير فصالح القاتل عنها على أكثر من مائتي بقرة وهي عنده ودفعها جاز، لأن الحق تعين فيه بالقضاء فكان غيره من المقادير كجنس آخر فأمكن الحمل على المعاوضة منح.

وفي الجوهرة: إنما جاز ذلك لأن قضاء القاضي عين الوجوب في الإبل، فإذا صالح على البقر فالبقر الآن ليست مستحقة وبيع الإبل له بالبقر جائز.

وإذا صالح عن الإبل بشيء من المكيل والموزون مؤجلاً فقد صار ديناً بدين فلا يجوز، وإن صالح عن الإبل على مثل قيمة الإبل أو أكثر مما يتغابن فيه جاز لأن الزيادة غير متيقنة، وإن كان لا يتغابن فيها لا لأنه صالح على أكثر من المستحق اهـ. وقوله (على أكثر) الظاهر أنه بالأقل كذلك بالأولى. قاله أبو الطيب. قوله: **(فسد)** لأن هذا صلح عن مال فيكون نظير الصلح عن سائر الديون. قوله: **(ويسقط القود)** أي في العمد: أي مجاناً: إن سمي نحو خمر: يعني يصير الصلح الفاسد فيما يوجب القود عفواً عنه، وكذا عن خنزير أو حر كما في الهندية، وهذا بخلاف ما إذا فسد بالجهالة.

ما يرجع إليه. اختيار.

(وكل) زيد **(عمراً بالصلح عن دم عمد أو عن بعض دين يدعيه)** على آخر من مكيل وموزون **(لزم بدله الموكل)** لأنه إسقاط فكان الوكيل سفيراً **(إلا أن يضمنه**

قال في المنح في الكلام على العمد: ثم إذا تسمت التسمية في الصلح كما إذا صالح على دابة أو ثوب غير معين تجب الدية، لأن الولي لم يرض بسقوط حقه مجاناً فيصار إلى موجبه الأصلي، بخلاف ما إذا لم يسمّ شيئاً أو سمى الخمر ونحوه حيث لا يجب شيء، لما ذكرنا: أي من أن القصاص إنما يتقوم بالتقويم ولم يوجد وفي قوله فيصار إلى موجبه الأصلي نظر لأنه القصاص لا الدية، وبعد خطور ذلك بالفهم رأيت سري الدين نبه عليه ط قوله: **(بالصلح عن دم عمد)** عله إذا صدر التوكيل من الجاني قوله: **(أو على)** نسخ المتن أو عن بدل على قوله: **(يدعيه على آخر)** تبع الشارح في هذا المصنف في شرحه، وفي العبرة قصب، والصواب: يدعيه عليه آخر، لما علمت أن التوكيل من طرف المدعى عليه، وإلا فإذا كان مدعياً على آخر ديناً فوكل من يصالحه على بعضه كيف يقال البدل يلزم الموكل مع أنه هنا آخذ البدل لا دافعه، ويدل عليه قوله الآتي «لزم بدله الموكل» وعبارة الدرر هكذا وليس فيها كلمة «على» وعبارة الكنز: ومن وكل رجلاً بالصلح عنه فصالح الوكيل لم يلزم الوكيل ما صالح عليه وهي أحسن، ولو حذف كلمة على آخر كما صنع الدرر لسلم من هذا إلا أن تحمل عبارته هنا على ما ذكرنا، بأن يقال: أو على بعض دين يدعيه آخر عليه، فتأمل.

قال الشمني: لأن هذا الصلح إسقاط محض، فكان الوكيل فيه سفيراً ومعبراً فلا يكون البدل عليه كالوكيل بالنكاح، إلا أن يضمنه فإنه حينئذ يؤاخذ به لضمانه لا لعقد الصلح اهـ. قوله: **(من مكيل وموزون)** هكذا قيد بهذا القيد في الدرر وتبعه الشارح، إلا أن عبارة الدرر بلفظ أو والواو بمعنى أو: أي سواء كان ديناً منها بحسب الأصل أو بحسب التقدير.

قال أبو الطيب: إن كان المراد من مكيل وموزون أن من بيانية المدين فلا حاجة إلى اشتراط أن يكون الدين مثل المكيل والموزون، لأن الدين لا يكون إلا أحدهما، لأن الأعيان لا تكون ديوناً اهـ. وبه ظهر قول بعض الأفاضل: هل مثله المعدود المتقارب والمذروع إذا بين طوله وعرضه وصفته؟ فإنهم قالوا: يجوز فيه حينئذ السلم ويصح ثبوته في الذمة يراجع اهـ. فتأمل. قوله: **(لزم بدله الموكل)** هذا ظاهر فيما إذا كان الوكيل من طرف الجاني، ولا يظهر إذا كان من طرف الولي لأنه آخذ فكيف يقال يلزمه، وكذا لا يظهر في جانب الدين إذا كان الموكل هو المدعي لأن الموكل مدع فكيف يلزمه، وأطلق في لزومه الموكل فشمل الصلح بأقسامه الثلاثة، وبه صرح العيني. قوله: **(لأنه إسقاط)** أي

الوكيل) فيؤاخذ بضمانه (كما لو وقع الصلح) من الوكيل (عن مال بمال عن إقرار) فيلزم الوكيل لأنه حينئذ كبيع (أما إذا كان عن إنكار لا) يلزم الوكيل مطلقاً. بحر ودرر.

(صالح عنه) فضولي (بلا أمر صح إن ضمن المال

للعفو عن القاتل وبعض الدين عن المدعى عليه. قوله: (فيؤاخذ بضمانه) أي ويرجع على الموكل به، وكذا الصلح في الخلع، وكذا يرجع في الصورة الثانية لهذه كما في المقدسي. وفي النكاح لا يرجع لأن الأمر بالصلح عنه أمر بالأداء عنه ليفيد الأمر فائدته، إذ الصلح عنه جائز بلا أمره، بخلاف النكاح لأنه لا ينفذ عليه من الأجنبي، والأمر بالخلع كالأمر بالصلح حتى يرجع على الآمر إن ضمن وأدى عنه. زيلعي.

قال عبد الحليم: قوله فولا أن يضمنه أي يكفل الوكيل المال وأن يضيف العقد إلى نفسه وإلى مال نفسه اهـ. وهذا كله فيما إذا كان الصلح عن دم العمد كما ذكره المصنف عن إقرار أو سكوت أو إنكار أو فيما لا يحمل على المعاوضة كالصلح عن بعض الدين كما ذكره المصنف أيضاً لأنه إسقاط، فكان الوكيل سفيراً فلا يلزمه شيء إلا بالالتزام وأما فيما يحمل على المعاوضة فسيذكره بقوله الآتي هنا كما إذا وقع عن مال بمال الخ.
قوله: (فيلزم الوكيل) أي ثم يرجع به على الموكل كما مر قريباً لأن الوكيل أصيل في المعاوضات المالية فترجع الحقوق إليه دون الموكل فيطالب هو بالعوض دون الموكل. عيني. قوله: (لأنه حينئذ كبيع) أي والحقوق في عقد البيع ترجع إلى المباشر فكذا فيما إذا كان بمنزلته فيلزم الوكيل ما صالح عليه ثم يرجع به على الموكل، ومقتضى الإطلاق أنه يرجع وإن لم تكن الكفالة بأمر الموكل كما صرحت به عند قوله الآتي «وأمره». قوله: (مطلقاً) سواء كان عن مال بمال أو لا، وسواء كان في دم عمد ودين أو غيرهما، وهذا إنما يظهر في جانب المدعى عليه إذ هو في جانبه فداء يمين وقطع نزاع، وهذا إنما يعود إلى الموكل لا إلى الوكيل. قوله: (صالح عنه) أي عن المدعى عليه فضولي الخ. هذا فيما إذا أضاف العقد إلى المصالح عنه لما في آخر تصرفات الفضولي من جامع الفصولين.

ف: الفضولي إذا أضاف العقد إلى نفسه يلزمه البدل وإن لم يضمنه ولم يضفه إلى مال نفسه ولا إلى ذمة نفسه، وكذا الصلح عن الغير اهـ. قال الزيلعي: وهذا مفروض فيما لم يحمل على المعاوضة كدعوى القصاص وأخواته، أما إذا كان عن معاوضة فيمضي على الفضولي إذا كان شراء عن إقرار. قوله: (بلا أمر) قيد به لأنه لو كان بأمر نفذ الصلح عن المدعى عليه وعليه البدل إلا في صورة الضمان فالبدل على المصالح عند الإمام الحلواني، وذكر شيخ الإسلام أنه عليه وعلى المدعى عليه أيضاً فيطالب المدعي به أيهما شاء. قهستاني عن المحيط. قوله: (صح إن ضمن المال) لأن الحاصل للمدعى عليه البراءة، وفي

أو أضاف) الصلح (إلى ماله أو قال علي) هذا أو (كذا وسلم) المال صح وصار متبرعاً في الكل، إلا إذا ضمن بأمره. عزمي زاده (وإلا) يسلم في الصورة الرابعة

مثله يستوي المدعى عليه والأجنبي لأنه لا يسلم للمدعى عليه شيء كما يسلم للأجنبي، والمقصود من هذا الصلح رضا صاحب الحق لا رضا المدعى عليه إذ لا حظ له فيه، والمدعي ينفرد بالصلح فيما لا معاوضة فيه غير أنه لم يرض بسقوط حقه مجاناً، فإذا سلم له العوض من جهة المتبرع صح اهـ. قوله: (أو أضاف الصلح) أي البدل الذي وقع عليه الصلح. قوله: (إلى ماله) بأن يقول صالحتك على ألف من مالي أو على عبدي فلان، لأن الإضافة إلى نفسه التزام منه للتسليم إلى المدعي وهو قادر على ذلك فيلزمه تسليمه. قوله: (أو قال على هذا) أي وأشار إلى نقد أو عين، وإنما صح فيه لأن المعروف مشار إليه كالمضاف إلى نفسه، لأنه تعين للتسليم إليه بشرط أن يكون ملكه فيتم به الصلح. قوله: (أو كذا) أشار به إلى الصورة الرابعة وهي صورة الإطلاق بأن قال على ألف. قوله: (وسلم المال) أي في الأخير وهي الصورة الرابعة. قوله: (صح) مكرر بما في المتن، وإنما صح لأنه بالتسليم حقيقة تم رضاه فصار فوق الضمان والإضافة إلى نفسه.

قال في الدرر: أما الأول فلأن الحاصل للمدعى عليه البراءة وفي حقها الأجنبي والمدعى عليه سواء، ويجوز أن يكون الفضولي أصيلاً إذا ضمن كالفضولي بالخلع إذا ضمن البدل. وأما الثاني فلأنه إذا أضافه إلى نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح. وأما الثالث فلأنه إذا عينه للتسليم فقد اشترط له سلامة العوض فصار العقد تاماً بقبوله. وأما الرابع فلأن دلالة التسليم على رضا المدعي فوق دلالة الضمان والإضافة إلى نفسه على رضاه اهـ باختصار. قوله: (وصار متبرعاً في الكل) أي في أربع صور الفضولي المارة آنفاً: وهي ما إذا ضمن المال، وما إذا أضاف الصلح لماله، وما إذا قال صالحتك عنه بألف ولم يزد وسلمها، وما إذا قال على ألفي هذه أو عبدي هذا وسلم، فلو استحق العوض في الوجوه التي تقدمت أو وجده زيوفاً أو ستوقاً لم يرجع المصالح لأنه متبرع التزم تسليم شيء معين ولم يلتزم الإيفاء من غيره فلا يلزمه شيء آخر، ولكن يرجع بالدعوى لأنه لم يرض بترك حقه مجاناً إلا في صورة الضمان فإنه يرجع على المصالح لأنه صار غريماً في ذمته، ولهذا لو امتنع عن التسليم يجبر عليه. زيلعي. قوله: (إلا إذا ضمن بأمره) ثم يرجع على المصالح عنه إذ كان الصلح بغير أمره. بزازية فتقييد الضمان اتفاقي. وفيها الأمر بالصلح والخلع أمر بالضمان لعدم توقف صحتهما على الأمر فينصرف الأمر إلى إثبات حق الرجوع، بخلاف الأمر بقضاء الدين اهـ. أقول: لم يظهر لي الفرق، تأمل. قوله: (عزمي زاده) لم أجد فيه. فليراجع. قوله: (وإلا يسلم في الصورة الرابعة) الأولى ترك هذا القيد وإبقاءه على العموم بأن يقول: وإلا يكن كذلك: أي إن لم يضمن ولم يضف ولم يشر ولم يسلم،

(فهو موقوف فإن أجازه المدعى عليه جاز ولزمه) البدل **(وإلا بطل. والخلع في جميع ما ذكرنا من الأحكام)** الخمسة **(كالصلح. ادعى وقفية أرض ولا بينة له فصالحه المنكر لقطع الخصومة جاز وطاب له)** البدل **(لو صادقاً في دعواه، وقيل)** قائله

أو يقول: وإلا بأن لم يوجد شيء مما ذكر من الصور الأربعة، فهو موقوف لأنه لم يسلم للمدعي عوض فلم يسقط حقه مجاناً لعدم رضاه، فإن أجازه المدعى عليه جاز ولزمه المشروط لالتزامه باختياره، وإن رده بطل لأن المصالح لا ولاية له على المطلوب فلا ينفذ عليه تصرفه، ومن جعل الصور أربعاً جعل الرابعة بشقيها وهي التسليم وعدمه صورة واحدة كالزيلعي، وبعضهم جعلها خمسة باعتبار التسليم صورة وعدمه أخرى، وهذه الصورة الخامسة مترددة بين الجواز والبطلان.

ووجه الحصر كما في الدرر أن الفضولي إما أن يضمن المال أو لا، فإن لم يضمن فإما أن يضيفه إلى ماله أو لا، فإن لم يضفه، فإما أن يشير إلى نقد أو عرض أو لا، فإن لم يشر، فإما أن يسلم العوض أو لا، فالصلح جائز في الوجوه كلها إلا الأخيرة، وهو ما إذا لم يضمن البدل ولم يضفه إلى ماله ولم يشر إليه ولم يسلم إلى المدعي حيث لا تحكم بجوازه، بل يكون موقوفاً على الإجازة إذ لم يسلم للمدعي عوض انتهى. وجعل الزيلعي الصور أربعاً، وألحق المشار بالمضاف.

أقول: لكن غير الصورة المذكورة لا يتوقف على الإجازة، وحينئذ فلا يتوجه على الشارح اعتراض تأمل. قوله: **(ولزمه البدل)** المشروط لالتزامه باختياره. قوله: **(وإلا بطل)** لأن المصالح لا ولاية له على المطلوب فلا ينفذ عليه تصرفه. قوله: **(والخلع)** أي إذا صدر من فضولي عن المرأة ببدل، فإن ضمنه أو أضافه إلى مال نفسه أو أشار صح ولزمه وكان متبرعاً، وإن أطلق إن سلم صح وإلا توقف على إجازتها. قال في التبيين: وجعل في بعض شروح الجامع في باب الخلع الألف المشار إليه أو العبد المشار إليه مثل الألف المنكر حتى جعل القبول إلى المرأة انتهى. قوله: **(من الأحكام الخمسة)** التي خامسها قوله وإلا بطل، أو التي خامسها قوله وإلا فهو موقوف بعد قوله أو على هذا، ويؤيده قول الشارح سابقاً في الصورة الرابعة. والأولى في التعبير أن يقول: والخلع في جميع ما ذكرنا من الأحكام في الصور الخمسة كالصلح، لأنه ليس ثمة إلا حكمان: وهو الجواز في الصور الأربع، وعدمه في الخامسة، فتأمل. قوله: **(ادعى وقفية أرض)** أطلق فيه فعم الوقفية من نفسه وغيره. قوله: **(ولا بينة له)** مفهومه أنه: إذا وجدت البينة لا يجوز الصلح لأنه لا مصلحة فيه، ولا نظر لكون البينة قد ترد والقاضي قد لا يعدل. قوله: **(وطاب له)** أي للمدعي ولم يذكر هل يطيب للمدعى عليه الأرض إن كان المدعي صادقاً، والظاهر أنها لا تطيب. قوله: **(لو صادقاً في دعواه)** فيه أنه لو كان صادقاً في دعواه كيف يطيب له؟ وفي

صاحب الأجناس (لا) يطيب لأنه بيع معنى وبيع الوقف لا يصح.

(كل صلح بعد صلح فالثاني باطل، وكذا) النكاح بعد النكاح

زعمه أنه وقف وبدل الوقف حرام تملكه من غير مسوغ فأخذه مجرد رشوة ليكف دعواه فكان كما إذا لم يكن صادقاً.

وقد يقال: إنه إنما أخذه ليكف دعواه لا ليبطل وقفيته، وعسى أن يوجد مدع آخر ط. لكن أطلق في وقف الحامدية الجواب بأنه لا يصح، قال: لأن المصالح يأخذ بدل الصلح عوضاً عن حقه على زعمه فيصير كالمعاوضة، وهذا لا يكون في الوقف لأن الموقوف عليه لا يملك الوقف فلا يجوز له بيعه، فها هنا إن كان الوقف ثابتاً فالاستبدال به لا يجوز، وإلا فهذا يأخذ بدل الصلح لا عن حق ثبت فلا يصح ذلك على حال. كذا في جواهر الفتاوى اهـ. ثم نقل الحامدي ما هنا، ثم قال فتأمل.

أقول: تأمله فوجدت أن المعاوضة في الوقف والحالة هذه جائزة لما صرحوا به من جواز استبداله إذا وقع في يد غاصب. نعم يلزم أن يجعله حينئذ بدل الموقوف، أما إذا كان من أهل الاستحقاق لغلة الوقف وأخذه ما أخذه بالمصالحة عوضاً عن حقه في الغلة طاب له ذلك ما لم يتجاوز عن قدر استحقاقه منه. تأمل. وانظر ما تقدم في باب البيع الفاسد عن النهر عند قوله «بخلاف بيع قن ضم إلى مدبر». قوله: (وبيع الوقف لا يصح) الظاهر أنه من قال يطيب له: أي يطيب له الأخذ ويجعله مكاناً موقوفاً لعجزه عن تحصيل الوقف بفقد البينة، ومن قال لا يطيب له أراد لا يطيب له التصرف فيه لأنه بدل الوقف في زعمه فيكون له حكم الوقف. تأمل. قوله: (فالثاني باطل) فلو ادعى داراً فأنكر ذو اليد فصالحه على ألف على أن يسلم الدار لذي اليد ثم برهن ذو اليد على صلح قبله فالصلح الأول ماض والثاني باطل. حموي. وهذا إذا كان الصلح على سبيل الإسقاط، أما إذا كان الصلح على عوض ثم اصطلحا على عوض آخر فالثاني هو الجائز ويفسخ الأول كالبيع. نور العين عن الخلاصة. وكذا نقله البيري عن الخلاصة عن المنتقى.

قلت: لكن استظهر سيدي الوالد رحمه الله تعالى أن الصلح على سبيل الإسقاط بمعنى الإبراء، وبطلان الثاني ظاهر ولكنه بعيد الإرادة هنا، فالمناسب حمل الصلح على المتبادر منه، ويكون المراد به ما إذا كان بمثل العوض الأول بقرينة قوله كالبيع، وعليه فالظاهر أن حكمه كالبيع في التفصيل المار فيه كما ذكره في أول البيوع. قوله: (وكذا النكاح بعد النكاح) فلا يلزمه إلا المهر الأول، ولا ينفسخ العقد الأول إذ النكاح لا يحتمل الفسخ، والمسألة ذات خلاف، فقيل تجب التسمية الثانية، وقيل كل منها.

قال في جامع الفتاوى: تزوج امرأة بألف ثم تزوجها بألفين فالمهر ألفان، وقيل ألف.

والحوالة بعد الحوالة و (الصلح بعد الشراء) والأصل أن كل عقد أعيد فالثاني باطل، إلا في ثلاث مذكورة في بيوع الأشباه الكفالة والشراء

وفي المنية: تزوج على مهر معلوم ثم تزوج على آخر تثبت التسميتان في الأصح. حموي. قوله: (والحوالة بعد الحوالة) أي إذا صدرت حوالة عن شخص فقبلها، ثم إذا صدرت على شخص آخر فالثانية باطلة، لأن الدين ثبت في ذمة الأول بالحوالة عليه فلا ينتقل بالحوالة الثانية على غيره كما ذكره ط.

واستفيد منه أن المحال عليه في الثانية غيره في الأول، وبه صرح في الأشباه. بقوله: الكفالة بعد الكفالة صحيحة لزيادة التوثق، بخلاف الحوالة فإنها نقل فلا يجتمعان كما في التنقيح. قال الحموي: وهذا يخرج المسألة عن كونها من جزئيات القاعدة، إذ المتبادر من تجديد عقد البيع تجديده بالنسبة إلى المبيع الأول بعينه والمشتري الأول بعينه، وكذا الكلام في الصلح بعد الصلح والكفالة بعد الكفالة، ووزانه في الحوالة اتحاد المحال عليه والمحال به في الحوالتين معاً، وحينئذ لا يتمشى قوله لأنها نقل فلا يجتمعان، وينبغي أن تصح الحوالة الثانية وتكون تأكيداً للأول على طبق الكفالة، فتدبر ذلك اهـ.

وعليه فالمناسب في تصوير المسألة بأن يقال: بأن كان له على آخر ألف فأحال عليه بها شخصاً ثم أحال عليه بها شخصاً آخر، أو كما تقدم بأن أحال زيد عمراً بدينه على بكر حوالة صحيحة ثم أحاله بها على بشر لا تصلح الحوالة الثانية، لأن الحوالة نقل الدين من ذمة إلى ذمة، وحيث فرغت ذمة المحيل فكيف يصح أن يحيل مرة ثانية؟ نعم لو تفاسخا الإحالة الأولى صحت الثانية. قوله: (والصلح بعد الشراء) بعد ما اشترى المصالح عنه.

أقول: فيه أنه تكون الدعوى حينئذ فاسدة، والصلح بعد الدعوى الفاسدة صحيح. تأمل.

وصورتها: إذا اشترى شخص داراً مثلاً من آخر ثم ادعى المشتري على البائع أن الدار ملكه فصالحه البائع فهذا الصلح باطل لتناقضه، فإن إقدامه على الشراء منه دليل أنها ملك البائع ثم الدعوى والصلح بعدها يناقضه. قال في جامع الفصولين: ولو كان الشراء بعد الصلح فالشراء صحيح والصلح باطل اهـ. قوله: (إلا في ثلاث مذكورة في بيوع الأشباه الكفالة) أي لزيادة التوثق، فلو أخذ منه كفيلاً ثم أخذ منه كفيلاً آخر صح ولا يبرأ الأول بكفالة الثاني كما في الخانية. قوله: (والشراء) أي يصح بعد الشراء ويبطل الأول. أطلقه في جامع الفصولين، وقيده في القنية بأن يكون الثاني أكثر ثمناً من الأول أو أقل أو بجنس آخر، وإلا فلا يصح. أشباه.

وفي البحر: وإذا تجدد الإيجاب والقبول انعقد الثاني وانفسخ الأول إن كان الثاني بأزيد من الأول أو أنقص، وإن كان مثله لم ينفسخ الأول انتهى.

والإجارة، فلتراجع.

(أقام) المدعى عليه (بينة بعد الصلح عن إنكار: إن المدعي قال قبله) قبل الصلح (ليس لي قبل فلان حق فالصلح ماض) على الصحة (ولو قال) المدعي (بعده ما كان لي قبله) قبل المدعى عليه (حق بطل) الصلح. بحر.

قال في التاترخانية: قال بعتك عبدي هذا بألف درهم بعتكه بمائة دينار فقال للمشتري قبلت ينصرف إلى الإيجاب الثاني ويكون بيعاً بمائة دينار، ولو قال بعتك هذا العبد بألف درهم وقبل المشتري ثم قال بعته منك بمائة دينار في المجلس أو في مجلس آخر وقال المشتري اشتريت ينعقد الثاني وينفسخ الأول، وكذا لو باعه بجنس الثمن الأول بأقل أو بأكثر نحو أن يبيعه منه بعشرة ثم باعه بتسعة أو بأحد عشر، فإن باع بعشرة لا ينعقد الثاني ويبقى الأول بحاله اهـ. فهذا مثال لتكرار الإيجاب فقط ومثال لتكرار العقد.
قوله: (والإجارة) أي بعد الإجارة من المستأجر الأول فالثانية فسخ للأولى كما في البزازية. قال في البحر: وينبغي أن المدة إذا اتحدت فيهما واتحد الأجران لا تصح الثانية كالبيع. وزاد في الفصولين الشراء بعد الصلح فإنه يجوز ويبطل الصلح. قوله: (عن إنكار) إنما خصه لأن ما ذكره لا يتأتى عند الإقرار.

قال في جامع الفصولين: لدعى عليه ثوباً فأنكر ثم برهن أن المدعي أقر قبل الصلح أنه ليس لي لا يقبل ونفذ الصلح والقضاء لافتداء اليمين، ولو برهن أنه أقر بعد الصلح أن الثوب لم يكن له بطل الصلح لأن المدعي بإقراره هذا زعم أنه أخذ بدل الصلح بغير حق، بخلاف إقراره قبل الصلح لجواز أن يملكه بعد إقراره قبل الصلح. ذكره الحموي.
قوله: (فالصلح ماض على الصحة) ولا تقبل البينة لاحتمال أنه ثبت له حق بعد هذا الإقرار، بخلاف المسألة الثانية فإنه إقرار من المدعي أنه مبطل في دعواه.

وذكر الشرنبلالي في رسالة الإبراء عن هاشم عن محمد في توجيه المسألة أنه إنما صالحه على اعتبار أنه فدى يمينه بالصلح وافتداء اليمين بالمال جائز، فكان إقدامه على الصلح اعترافاً بصحة الصلح فبدعواه بعد ذلك أنه لم يصح الصلح صار متناقضاً والمناقضة تمنع صحة الدعوى. وأفاد تعليل الثانية بنحو ما ذكرناه.

صورة ذلك: ادعى ثوباً فأنكر فصالح على شيء ثم أقام البينة أن المدعي قال قبل الصلح إنه لا حق لي في هذا الثوب لا تقبل بينته ويكون الصلح والقضاء ماضيين لأنه افتدى لليمين حيث وقع عن إنكار فلا ينتقض. أفاده بعض الفضلاء. قوله: (بطل الصلح) لأنه بإقراره هذا زعم أنه أخذه بعد الصلح بغير حق، بخلاف إقراره قبل الصلح لجواز أن يملكه بعد إقراره قبل الصلح.

والحاصل: أن عدم قبول بينته في الأولى لما فيه من التناقض؛ لأن التناقض يمنع

قال المصنف: وهو مقيد لإطلاق العمادية، ثم نقل عن دعوى البزازية أنه لو

قبول البينة لإقراره، بخلاف الثانية لأنه لم يظهر وجه التناقض لأن الصلح ليس اعترافاً بالملك كما صرحوا به فإنه يكون عن إقرار وسكوت وإنكار قوله: (قال المصنف وهو مقيد لإطلاق العمادية) نصه: وفي العمادية: ادعى فأنكر فصالحه ثم ظهر بعده أن لا شيء عليه بطل الصلح اهـ.

أقول: يجب أن يقيد قوله ثم ظهر بغير الإقرار قبل الصلح لما تقدم من مسألة المختصر، وبه صرح مولانا في بحره ح. ولا يخفى أن علة مضيّ الصلح على الصحة في مسألة المتن المتقدمة عدم قبول الشهادة لما فيه من التناقض، فلم يظهر حينئذ أن لا شيء عليه فلم تشملها عبارة العمادية فافهم. أفاده سيدي الوالد رحمه الله تعالى.

أقول: لكن ليس هذا من التناقض المردود لأنه يدعي أمراً كان خفياً عليه وهو إقرار المدعي بعدم حقه في المدعي قبل الصلح، ولو كانت العلة ما ذكره لما صحت في الثانية أيضاً لأنه متناقض فيهما بعد إقدامه على الصلح. والعلة الصحيحة في ذلك أنه إن ثبت أنه قال ذلك قبل الصلح لا يكون مانعاً من صحة الصلح لاحتمال حصول حق له بعد ذلك قبل الصلح، وفي الثانية لا يحتمل.

قال في الخلاصة من آخر الدعوى. لو استعار من آخر دابة فهلكت فأنكر رب الدابة الإعارة فصالحه المستعير على مال جاز، فلو أقام المستعير بينة بعد ذلك على العارية قبلت بينته ويبطل الصلح اهـ: أي لظهور أن لا شيء، والله أعلم.

وفي البزازية أيضاً ما يفيد أن المراد بالظهور لا من طريق إقامة المصالح البينة أنها لا تقبل لما فيه من التناقض. ونص عبارته في كتاب الدعوى من نوع في الصلح.

وفي المنتقى. ادعى ثوباً أو صالح ثم برهن المدعى عليه على إقرار المدعي إنه لا حق له فيه إن على إقراره قبل الصلح فالصلح صحيح، وإن بعد الصلح يبطل الصلح، وإن علم الحاكم إقراره بعدم حقه ولو قبل الصلح يبطل الصلح، وعلمه بالإقرار السابق كإقراره بعد الصلح، هذا إذا اتحد الإقرار بالملك بأن قال لا حق لي بجهة الميراث ثم قال إنه ميراث لي عن أبي، فأما غيره إذا ادعى ملكاً لا بجهة الإرث بعد الإقرار بعدم الحق بطريق الإرث بأن قال حقي بالشراء أو الهبة لا يبطل اهـ. قوله: (ثم نقل) أي المصنف.
قوله: (عن دعوى البزازية) عبارتها عن المنتقى: ادعى ثوباً وصالح ثم برهن المدعى عليه على إقرار المدعي أنه لا حق له فيه: إن على إقراره قبل الصلح فالصلح صحيح، وإن بعد الصلح يبطل، وإن علم الحاكم إقراره بعدم حقه ولو قبل الصلح يبطل الصلح، وعلمه بالإقرار السابق كإقراره بعد الصلح. هذا إذا اتحد الإقرار بالملك بأن قال إنه ميراث لي عن أبي ثم قال لا حق لي من هذه الجهة، فأما إذا ادعى ملكاً لا بجهة الإرث بعد الإقرار

ادعى الملك بجهة أخرى لم يبطل، فيحرر.

(الصلح من الدعوى الفاسدة يصح وعن الباطلة لا) والفاسدة ما يمكن تصحيحها. بحر.

بعدم الحق بطريق الإرث بأن قال حقي بالشراء أو بالهبة لا يبطل اهـ. فظهر أن مراده أنه لو قال بعد الصلح لا حق لي قبل المدعي إنما يبطل الصلح إذا أطلق. أما إذا عين، بأن قال لا حق لي من جهة الإرث مثلاً فقيل له قد بطل الصلح فقال إنه حقي بجهة الشراء مثلاً بقي الصلح صحيحاً على حاله وإن علم الحاكم غير معتبر الآن على المفتى به. قوله: (فيحرر) ما نقله عن البزازية.

أقول: لا يحتاج إلى تحرير، لأن ما ذكره البزازي من قوله هذا إذا اتحد الإقرار تقييد لعدم صحة الصلح إذا أقر المدعي، ولا إشكال فيه، ولعله أراد تحرير ما قاله المصنف من تقييد ما في العمادية فإنه غير ظاهر كما علمت، والله تعالى أعلم.

فرع ذكر المصنف عن آخر الدعوى من الخلاصة: لو ادعى أنه استعار دابة فلان وهلكت عنده فأنكر المالك الإعارة وأراد التضمين تصالحه مدعي العارية على مال ثم أقام بينة على العارية قبلت بينته وبطل الصلح. قوله: (من الدعوى الفاسدة) كدعوى وقع فيها تناقض. قوله: (وعن الباطلة) كدعوى خمر وخنزير من مسلم. قوله: (والفاسدة ما يمكن تصحيحها) بالتوفيق في التناقض مثلاً: أي والباطلة ما لا يمكن تصحيحها، كما لو ادعى أنها أمته فقالت أنا حرة الأصل فصالحها عنه فهو جائز، وإن أقامت بينة على أنها حرة الأصل بطل الصلح إذ لا يمكن تصحيح هذه الدعوى بعد ظهور حرية الأصل.

ومثال الدعوى التي يمكن تصحيحها: لو أقامت بينة أنها كانت أمة فلان أعتقها عام أول وهو يملكها بعد ما ادعى شخص أنها أمته: أي وصالحها لا يبطل الصلح، لأنه يمكن تصحيح دعوى المدعي وقت الصلح بأن يقول إن فلاناً الذي أعتقك كان غصبك مني، حتى لو أقام بينة على هذه الدعوى تسمع. مقدسي. وقوله هنا وهو يملكها جملة حالية ط.

أقول: وشهادة الشهود أنه أعتقها وهو يملكها لا تنافي ذلك، لأن لهم أن يشهدوا بالملك له بظاهر اليد. تأمل. ومن الباطلة من دعوى حد وعن دعوى أجرة نائحة أو مغنية أو تصوير محرم اهـ. وعلم أن قوله قالت أنا حرة الأصل: أي وبرهنت عليه بدليل ما قال بعد ظهور حرية الأصل، فإن الظهور بالبينة وبدليل ما قال في مقابلتها لو أقامت بينة أنها كانت الخ، وقول صاحب الأشباه وهو توفيق واجب.

قال محشيه في شرح الوقاية لصدر الشريعة: ومن المسائل المهمة أنه هل يشترط لصحة الصلح صحة الدعوى أم لا؟ لبعض الناس يقولون: يشترط، ولكن هذا غير

وحرر في الأشباه أن الصلح عن إنكار بعد دعوى فاسدة فاسد، إلا في دعوى بمجهول فجائز. فليحفظ **(وقيل اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح غير صحيح مطلقاً)** فيصح الصلح مع بطلان الدعوى كما اعتمده صدر الشريعة آخر الباب،

صحيح لأنه إذا ادعى حقاً مجهولاً في دار فصولح على شيء يصح الصلح على ما مر في باب الحقوق والاستحقاق، ولا شك أن دعوى الحق المجهول دعوى غير صحيحة، وفي الذخيرة ألحق مسائل تؤيد ما قلناه.

قال الشيخ محمد في معين المفتي: إذا علمت هذا علمت أن الصحيح عدم اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح وعليه فلا يحتاج إلى التوفيق ا هـ.

أقول: إنما صح الصلح في المسألة التي استند إليها صدر الشريعة، لأن الدعوى فيها يمكن تصحيحها بتعيين الحق المجهول وقت الصلح. على أن دعوى أن الصحيح عدم اشتراط صحة الدعوى مطلقاً سواء أمكن تصحيح الدعوى أم لا ممنوع لما في الفتاوى البزازية، والذي استقر عليه فتوى أئمة خوارزم أن الصلح عن دعوى فاسدة لا يمكن تصحيحها لا يصح. والذي يمكن تصحيحها كما إذا ترك ذكر الحد أو غلط في أحد الحدود يصح.

وفي مجمع الفتاوى: سئل شيخ الإسلام أبو الحسن عن الصلح عن الإنكار بعد دعوى فاسدة هل هو صحيح أم لا؟ قال لا، ولا بد أن تكون صحيحة اهـ. وقد ظهر بما ذكرنا أن قوله فلا يحتاج إلى التوفيق من عدم التوفيق. ذكره الحموي. وحينئذ فلا بد من التوفيق، فليحرر. قوله: **(وحرر في الأشباه)** هذا التحرير غير محرر. ورده الرملي وغيره بما في البزازية.

والذي استقر عليه فتوى أئمة خوارزم أن الصلح عن دعوى الخ وهذا ما ذكره المصنف، وقد علمت أنه الذي اعتمده صدر الشريعة وغيره فكان عليه المعول. قوله: **(فليحفظ)** أقول: عبارة الأشباه: الصلح عن إنكار بعد دعوى فاسدة فاسد كما في القنية، ولكن في الهداية في مسائل شتى من القضاء أن الصلح عن إنكار جائز بعد دعوى مجهول فليحفظ. ويحمل على فسادها بسبب مناقضة المدعي لا لترك شرط المدعي كما ذكره وهو توفيق واجب فيقال إلا في كذا، والله تعالى أعلم اهـ. قال الحموي: وعليه لا يظهر لهذا الحمل فائدة، لأن صاحب الهداية صرح بجواز الصلح فيها سواء كان فسادها بسبب المناقضة أو لترك شرط الدعوى، فإذا صح الصلح مع فسادها بأي سبب كان خالف ما في القنية، فتأمل. قال الرملي وغيره: ما حرره في الأشباه غير محرر كما علمته آنفاً قوله: **(وقيل اشتراط صحة الدعوى)** تطويل من غير فائدة، فلو قال وقيل يصح مطلقاً لكان أوضح، وقد علمت المفتي به. قوله: **(كما اعتمده صدر الشريعة آخر الباب)** قد علمت

وأقره ابن الكمال وغيره في باب الاستحقاق كما مر، فراجعه.

(وصح الصلح عن دعوى حق الشرب

ما فيه من النظر وقد علمت عبارته وأن المتبادر أنه أراد الفاسدة بدليل التمثيل؛ لأنه يمكن تصحيحها بتعيين الحق المجهول الخ.

قال الرملي في حاشيته على المنح بعد نقل عبارته أقول: هذا لا يوجب كون الدعوى الباطلة كالفاسدة إذ لا وجه لصحة الصلح عنها؛ كالصلح عن دعوى حد أو ربا حلوان الكاهن وأجرة النائحة والمغنية، ودعوى الضمان على الراعي الخاص أو المشترك إذا قال أكلها السبع أو سرقت فصالحه رب الغنم على دراهم معلومة لا يجوز على قول أبي حنيفة كما في الخانية، فقول المصنف المتقدم في كتابه معين المفتي كما قدمناه قريباً. الصحيح عدم اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح فيه نظر، لأنه إن أراد بعدم الصحة ما يشمل الباطل فهو باطل، وإن أراد به الفاسد فقد قدمه، فتأمل اهـ.

وكذا ذكر في حاشيته على الفصولين نقلاً عن المصنف بعد ذكر عبارة صدر الشريعة. قال ما نصه: فقد أفاد أن القول باشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح ضعيف اهـ. قوله: (كما مر فراجعه) أي في باب الاستحقاق عند قوله ولا رجوع في دعوى حق مجهول من دار صولح على شيء معين واستحق بعضها لجواز دعواه فيما بقي ولو استحق كلها رد كل العوض لدخول المدعي في المستحق.

واستفيد منه. أي من جواب المسألة أمران:

أحدهما: صحة الصلح عن مجهول على معلوم، لأن جهالة الساقط لا تفضي إلى المنازعة.

والثاني: عدم اشتراط صحة الدعوى لصحته لجهالة المدعى به، حتى لو برهن لم يقبل ما لم يدع إقراره به اهـ.

والحاصل: أن ما استدل به صدر الشريعة من أنه إذا ادعى حقاً مجهولاً في دار فصولح على شيء يصح الصلح لا يفيد الإطلاق، بل إنما صح الصلح فيه لأن الدعوى يمكن تصحيحها بتعيين الحق المجهول وقت الصلح، ومع هذا فقد علمت المفتى به مما استقر عليه فتوى أئمة خوارزم من أن الصلح إذا كان عن دعوى فاسدة لا يمكن تصحيحها لا يصح، وإن أمكن تصحيحها يصح، هذا غاية ما حققه المحشون فاغتنمه.

قوله: (وصح الصلح عن دعوى حق الشرب) والشرب وهو نصيب الماء، وكذا مرور الماء في أرض من ما يظهر ط: أي فتسقط الدعوى، ولا يلزم من صحة الصلح لزوم البدل، لما تقدم من أن الصلح عن الشفعة يسقطها ولا يوجب البدل وكذلك عن دعوى حق الشرب ووضع جذوع فإنه دعوى حق لا يجوز الاعتياض عنه، إذ لا يجوز بيع الشرب ولا

وحق الشفعة وحق وضع الجذوع على الأصح) الأصل أنه متى توجهت اليمين نحو الشخص في أي حق كان فافتدى اليمين بدراهم جاز حتى في دعوى التعزير. مجتبى.

بيع حق وضع الجذوع. قوله: **(وحق الشفعة)** معطوف على حق الشرب: أي يجوز الصلح عن دعوى حق الشفعة لدفع اليمين. أما الصلح عن حق الشفعة الثابت فلا يجوز، لما مر أنه غير مال فلا يجوز الاعتياض عنه. قوله: **(وحق وضع الجذوع على الأصح)** لما علمت من أنه يجوز الصلح عما ذكر في حق سقوط الدعوى، ولا يلزم من صحة الصلح لزوم البدل، لما مر أن الصلح عن الشفعة إلى آخر ما قدمناه قريباً.

قال الزيلعي: ولو كان لرجل ظلة أو كنيف على طريق العامة فخاصمه رجل على نقضه فصالحه على شيء كان الصلح باطلاً، لأن الحق في طريق النافذ لجماعة المسلمين فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد، وبخلاف ما إذا صالح الإمام عنه على مال حيث يجوز لأن للإمام ولاية عامة، وله أن يتصرف في مصالحهم، فإذا رأى في ذلك مصلحة ينفذ لأن الاعتياض من المشترك العام جائز من الإمام، ولهذا لو باع شيئاً من بيت المال صح بيعه، وبخلاف ما إذا كان ذلك في طريق غير نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق حيث يجوز في حقه، لأن الطريق مملوكة لأهلها فيظهر في حق الأفراد، والصلح معه مفيد لأنه يسقط به حقه ثم يتوصل إلى تحصيل رضا الباقين فيجوز اهـ. قوله: **(في أي حق كان)** ولو كان مما لا يقبل الاعتياض عنه. قوله: **(حتى في دعوى التعزير)** بأن ادعى أنه كفره أو ضلله أو رماه بسوء ونحوه حتى توجهت عليه اليمين فافتداها بدراهم فإنه يجوز على الأصح. منح. وهذا يدل على أنه يستحلف في دعوى التعزير. قوله: **(مجتبى)** قال فيه بعد أن رمز لشيخ صالح من دعوى حق الشرب وحق الشفعة أو حق وضع الجذوع ونحوه، فقيل لا يجوز افتداء اليمين لأنه لا يجوز شراؤه قصداً، والأصح أنه يجوز لأن الأصل أنه متى توجهت اليمين نحو الشخص بأي حق كان فافتدى اليمين بدراهم يجوز على الأصح.

قلت: وهذا يدل على أنه يستحلف في دعوى التعزير. قال: وكذلك إن صالحه من يمينه على عشرة أو من دعواه فهو كله جائز اهـ. وهذا مناف لما قدمه أول الباب من أن شرط صحة الصلح كون المصالح عليه حقاً يجوز الاعتياض عنه، وما في المجتبى أعم منه كما ترى. ولعل التوفيق أن يقال: إنه جائز في حق المدعى عليه لدفع الخصومة عنه لا في حق المدعي إذا كان حقاً لا يجوز الاعتياض عنه، لأن ما يأخذه عوض عن حقه في زعمه فلا بد من إمكان الاعتياض عن حقه، ولعله في المجتبى يفرق بين الصلح عن الشفعة وعن دعوى الشفعة فلا يصح في الأول كما أطبقوا عليه من عدم لزوم البدل ووجوب

بخلاف دعوى حد ونسب. درر.

(الصلح إن كان بمعنى المعاوضة) بأن كان ديناً بعين (ينتقض بنقضهما) أي بفسخ المتصالحين (وإن كان لا بمعناها) أي المعاوضة بل بمعنى استيفاء البعض وإسقاط البعض (فلا) تصح إقالته ولا نقضه لأن الساقط لا يعود. قنية وصيرفية، فليحفظ.

وبه يعد أخذه، ويصح في الثاني، فليحرر. قوله: (بخلاف دعوى حد) أي لا يصح الصلح عنها، لما عرفت أن الصلح لا يجوز في حق الله تعالى ولو حد قذف، ولا عن الإبراء عنه. منح.

قال في الفوائد الزينية: لا يصح الصلح عن الحدود، ولا يسقط به إلا حد القذف إلا إذا كان قبل المرافعة كما في الخانية. قوله: (ونسب) كما إذا ادعت أن هذا ولده منها فصالحها لترك دعواها فالصلح باطل، لأن الصلح إما إسقاط أو معاوضة والنسب لا يحتملهما. درر. وإطلاقه فشمل ما لو كانت الدعوى من المطلقة أنه ابن المطلق منها أو الدعوى من الابن أنه ابنه منها وجحد الرجل فصالح عن النسب على شيء فالصلح باطل في كلتا الصورتين، لما سبق أن النسب لا يقبل الاعتياض مطلقاً، وعليه إطلاق المصنف في الدعوى وفي عدم احتمال النسب المعاوضة هذا، فظهر أن من أراد التخصيص بالصورة الأولى لم يصب كما لا يخفى. قوله: (بأن كان ديناً بعين) أي بدل الصلح ديناً والمصالح عنه عيناً أو بعكسه فالباء للمقابلة والعوض، وكذا بدين من غير جنسه كالدراهم عن الدنانير وعكسه كان ذلك معاوضة إن كان بإقرار، وكذا بإنكار وسكوت في حق المدعي، والمعاوضة تحتمل الإقالة فيها فلذا ينتقض بنقضهما: أي لو فسخ ذلك الصلح المتصالحان انفسخ لجواز الإقالة فيه كما تقدم أول الكتاب، وفي نسخة (بدين) عوضاً عن قوله (بعين) ومثله فيما يظهر العين بالعين. قوله: (ينتقض بنقضهما) أي بفسخ المتصالحين: أي لو فسخ ذلك الصلح المتصالحان انفسخ لجواز الإقالة فيه. قوله: (بل بمعنى الخ) وذلك الصلح عن الدين ببعضه فإنه أخذ لبعض حقه وإسقاط الباقي فلا ينتقض بنقضهما لأنه قد سقط والساقط لا يعود. قوله: (قنية وصيرفية) الأولى الاقتصار على العزو إلى القنية، لأنه في الصيرفية نقل الخلاف في الصحة وعدمها مطلقاً. وأما في القنية فقد حكى القولين ثم وفق بينهما بما هنا بحثاً منه، فقال: الصواب أن الصلح إن كان الخ.

وحاصله: أن الصلح إن كان بمعنى المعاوضة ينتقض بنقضهما، وإن كان بمعنى استيفاء البعض وإسقاط البعض لا ينتقض بنقضهما.

أقول: والذي يظهر لي أن الصحيح: إن تحصيل من فسخه ثمرة وجدت البينة أو توهم الإقرار أو النكول يصح، وقوله الساقط لا يعود لا يرد علينا، لأن الساقط في هذا

(ولو صالح عن دعوى دار على سكنى بيت منها أبداً أو صالح على دراهم إلى الحصاد أو صالح مع المودع بغير دعوى الهلاك لم يصح الصلح) في الصور الثلاث.

الباب إنما هو قضاء لا ديانة، فهو في الحقيقة باق غير ساقط وإن لم تظهر ثمرة من القضاء يفتي برواية عدم الصحة. قوله: (ولو صالح) استثناء مما تقدم فيما لو صالحه على بيت منها، وقد تقدم أن فيها يصح الصلح ويجعل إبراء عن دعوى الباقي في ظاهر الرواية فينبغي أن يكون هنا كذلك. قال الرحمتي: لكن قال سيدي الوالد رحمه الله تعالى: قيد بالسكنى لأنه لو صالحه عن بيت منها كان وجه عدم الصحة كونه جزءاً من المدعي بناء على خلاف ظاهر الرواية الذي مشى عليه في المتن سابقاً، وقيد بقوله أبداً ومثله حتى يموت كما في الخانية لأنه لو بين المدة يصح لأنه صلح عن منفعة فهو في حكم الإجارة فلا بد من التوقيت كما مر، وبه اشتبه الأمر على بعض المحشين. اهـ. قوله: (إلى الحصاد) لأنه أجل مجهول فيؤدي إلى المنازعة، ولأنه بيع معنى فيفسده جهالة الأجل. قوله: (أو صالح مع المودع بغير دعوى الهلاك) أي الدعوى من المودع لم يصح الصلح في الصور الثلاثة.

أما الأول: فلأنه صلح عن بعض ما يدعيه، وقد تقدم أنه باطل.

وأما الثانية: فلأن الصلح بيع معنى كما ذكرنا. وهاتان المسألتان من مسائل السراجية التي نقلها عنها صاحب المنية.

وأما الثالثة: فعلى أربعة أوجه.

الأول: ادعى صاحب المال الإيداع وجحد المودع ثم صالحه على شيء معلوم جاز الصلح في قولهم، لأن الصلح يبنى جوازه على زعم المدعي، وفي زعمه أنه صار غاصباً بالجحود فيجوز الصلح معه.

الثاني: إذا ادعى صاحب المال الوديعة وطالبه بالرد فأقر المستودع بالوديعة وسكت ولم يقل شيئاً وصاحب المال يدعي عليه الاستهلاك ثم صالحه عن شيء معلوم جاز الصلح في قولهم أيضاً.

الثالث: ادعى الاستهلاك والآخر الرد أو الهلاك ثم صالحه جاز في قول محمد وأبي يوسف الأول، وعليه الفتوى. وأجمعوا على أنه لو صالح بعد حلف المستودع أنه رد أو هلك لا يجوز.

الرابع: إذا ادعى المودع الرد أو الهلاك وصاحب المال لا يصدقه في ذلك ولا يكذبه بل سكت ذكر الكرخي أنه لا يجوز هذا الصلح في قول أبي يوسف الأول، ويجوز في قول محمد. ولو ادعى صاحب المال الاستهلاك والمودع لم يصدقه في ذلك ولم يكذبه فصالحه على شيء ذكرنا أنه يجوز هذا الصلح في الوجه الذي في البحر. فقد ظهر من هذا أن

سراجية. قيد بعدم دعوى الهلاك لأنه لو ادعاه وصالحه قبل اليمين صح، به يفتى. خانية.

(ويصح) الصلح (بعد حلف المدعى عليه دفعاً للنزاع) بإقامة البينة، ولو

الصلح بغير دعوى الهلاك يصح كما سمعته ولم يذكر فيما إذا أقرّ بالوديعة وصالحه عليها، والذي يقتضيه الفقه جوازه لأنه صلح عن مال بمال بإقرار. تأمل. قوله: (قيد بعدم دعوى الهلاك) صادق بسكوته وبدعواه الرد، وقد تقدم أنه يصح الصلح فيهما. قوله: (لأنه لو ادعاه) أي الهلاك والثالث يدعي أنه استهلكه. قوله: (وصالحه قبل اليمين) أما لو صالحه بعد حلف المستودع أنه هلك أو رد لا يجوز الصلح إجماعاً. وفيه أن ذلك داخل في مسألة المصنف المذكورة بعد، وفيها خلاف كما ذكره المصنف. قوله: (خانية) هذا ما نقله في المنح عنها لكن سقط من عبارته شيء اختل به المعنى، فإنه قال في الوجه الثالث: جاز الصلح في قول محمد وأبي يوسف الأول، وعليه الفتوى.

والذي رأيته في الخانية أن الفتوى على عدم الجواز.

وبقي خامسة ذكرها القلمي وهي: ادعى ربها الاستهلاك فسكت فصالحه جائز، لكن هذا هو الثاني في الخانية.

ثم اعلم أن كلام الماتن والشارح غير محرر لأن قوله: (بغير دعوى الهلاك) شامل للجحود والسكوت، ودعوى الرد هو الوجه الأول والثاني وأحد شقي الثالث والرابع، وقد علمت أنه في الأول والثاني جائز اتفاقاً، وكذا في أحد شقي الثالث والرابع على الراجح. والصواب أن يقول بعد دعوى الرد أو الهلاك بإسقاط غير والتعبير ببعد وزيادة الرد، فيدخل فيه الوجه الثالث بناء على المفتى به. الوجه الرابع بناء على قول أبي يوسف وهو المعتمد لتقديم صاحب الخانية إياه كما هو عادته. وقوله: (لأنه لو ادعاه) أي الهلاك شامل لما إذا ادعى المالك الاستهلاك وهو أحد شقي الوجه الثالث أو سكت وهو أحد شقي الرابع، وعلمت ترجيح الجواز فيهما، فقوله: (صح به يفتى) في غير محله، وقوله: (وصالحه قبل اليمين) هذا وارد على إطلاق المتن أيضاً، ورأيت عبارة الأشباه نحو ما ذكرنا. ونصها: الصلح عقد يرفع النزاع ولا يصح مع المودع بعد دعوى الهلاك إذ لا نزاع. ثم رأيت عبارة متن المجمع مثل ما قلته، ونصها: ويجاز صلح الأجير الخاص والمودع بعد دعوى الهلاك أو الرد، ولله الحمد. أفاده سيدي الوالد رحمه الله تعالى. قوله: (ويصح الصلح الخ) أي لو ادعى مالاً فأنكر وحلف ثم ادعاه عند قاض آخر فأنكر فصولح صح، ولا ارتباط لهذه بمسألة الوديعة. قوله: (دفعاً للنزاع) علة لقوله «يصح» وقوله «بإقامة البينة» متعلق بالنزاع: يعني أن الصلح عن الإنكار يكون افتداء لليمين وقطعاً للنزاع، وبعد الحلف يصح للاحتياج إلى قطع النزاع، فإن المدعي يمكنه بعد اليمين

برهن المدعي بعده على أصل الدعوى لم تقبل إلا في الوصي عن مال اليتيم على إنكار إذا صالح على بعضه ثم وجد البينة فإنها تقبل، ولو بلغ الصبي فأقامها تقبل، ولو طلب يمينه لا يحلف. أشباه (وقيل لا) جزم بالأول في الأشباه وبالثاني في السراجية.

أن يأتي بالبينة فلم يكن اليمين قاطعاً للنزاع بل القاطع له الصلح، ولذا قال: ولو برهن المدعي بعده على أصل الدعوى لم تقبل، لأن بالصلح قد أبرأ عن الدعوى فسقط توجهها عليه والساقط لا يعود. قوله: (بعده) أي بعد الصلح: أي وإن لم يكن هناك حلف. قوله: (إلا في الوصي) ومثله الأب. قوله: (عن مال اليتيم) أي إذا صالح عن مال اليتيم، وقوله «إذا صالح على بعضه» بدل من هذا المقدر ط. ويمكن أن تكون «عن» بمعنى «في» أي في ماله إذا صالح عن إنكار على بعضه، فعن بمعنى في، وقوله: (على إنكار) على بمعنى عن متعلق بصالح: أي ولم يكن هناك بينة. أما إذا كان الخصم مقراً بدين اليتيم أو كان عليه بينة فالذي يؤخذ من المفهوم أنه لا يجوز الصلح على البعض لعدم المصلحة لليتيم، وصرح بذلك في أدب الأوصياء. قوله: (فإنها تقبل) لأنه إنما يتصرف له بحسب المصلحة فيجوز صلحه عند عدم البينة، فإذا وجدت البينة تبين أن لا مصلحة في هذا الصلح وأنه باطل فتقبل البينة. وصرح في البزازية بأن البينة لو موجودة عند الصلح وفيه غبن لا يصح الصلح اهـ. وهو مستفاد أيضاً من كلام الشارح. قوله: (ولو بلغ الصبي فأقامها تقبل) يعني إذا ادعى وصيٌّ أو أب على رجل ألفاً لليتيم ولا بينة له وصالح بخمسمائة عن ألف عن إنكار ثم وجد بينة عادلة فله أن يقيمها على الألف، سواء في ذلك الأب أو الوصيّ أو اليتيم بعد بلوغه.

قال في القنية: وفائدة قوله في الكتاب: إذا لم يكن للأب أو الوصي بينة على ما يدعي للصبي فصالح بأقل منه يجوز أن تمتنع دعواهما في الحال، ودعوى الصبي بعد البلوغ في حق الاستحلاف فليس لهم أن يحلفوه وإنما لهم إقامة البينة كما في حاشية الأشباه. قوله: (ولو طلب) بالبناء للمجهول: أي لو طلب الوصي بعد الصلح يمين المدعى عليه أو طلبه اليتيم بعد بلوغه كما في حواشي الأشباه. قوله: (وقيل لا) أي لا يصح الصلح بعد حلف المدعى عليه، لأن اليمين بدل عن المدعي، فإذا حلف فقد استوفى البدل فلا يصح، وقدمناه عن القنية قريباً. قوله: (جزم بالأول في الأشباه) هو رواية محمد عن الإمام. قوله: (وبالثاني في السراجية) وهو قولهما، وهو الصحيح كما في معين المفتي، وكذا جزم به في البحر. قال الحموي: وما مشى عليه في الأشباه رواية محمد عن أبي حنيفة، وما مشى عليه في البحر قولهما وهو الصحيح انتهى. وجعله نظير الصلح مع المودع بعد دعوى الاستهلاك: أي فإنه لا يصح. قال المصنف في منحه: وبالأول جزم ابن

وحكاهما في القنية مقدماً للأول.

(طلب الصلح والإبراء عن الدعوى لا يكون إقراراً) بالدعوى عند المتقدمين، وخالفهم المتأخرون والأول أصح. بزازية (بخلاف طلب الصلح) عن المال (والإبراء عن المال فإنه) إقرار. أشباه.

(صالح عن عيب) أو دين (وظهر عدمه

نجيم في الفوائد الزينية ولم يعزه إلى كتاب معروف. وقيل لا يصح ذكره صاحب السراجية ولم يحك به خلافاً انتهى. إنما ذكر الخلاف في القنية كما يأتي بعده قريباً. قوله: (وحكاهما في القنية) فقال: ادعى عليه مالاً فأنكر وحلف ثم ادعاه عند آخر فأنكر فصولح لا يصح، وقيل يصح وروي عن الإمام. ووجه القول بعدم الصحة أن اليمين بدل المدعي فإذا حلفه فقد استوفى البدل فلا يصح انتهى. قوله: (مقدماً للأول) صوابه الثاني على ما نقله الحموي وعلى ما سمعت من عبارته. قوله: (طلب الصلح والإبراء) الواو هنا وفيما يأتي بمعنى أو، ومثلهما طلب تأخير الدعوى كما في الخلاصة. قوله: (لا يكون إقراراً بالدعوى) أي بالمدعى به. كذا في البزازية في بحث الاستثناء من كتاب الإقرار.

وفي الخلاصة: لو قال أخرها عني أو صالحني فإقرار، ولو قال أبرئني عن هذه الدعوى أو صالحني عن هذه الدعوى لا يكون إقراراً، وكذا في دعوى الدار انتهى.

وفي البزازية: إذا صالحه من حقه فقد أقر بالحق، والقول في بيان الحق له لأنه المجمل، وإن صالحه من دعوى الحق لم يكن إقراراً انتهى.

ووجهه أن الصلح عن الدعوى أو الإبراء عنها المقصود منه قطع النزاع فلا يفيد ثبوت الحق، بخلاف طلب الصلح أو الإبراء عن الحق فإنه يقتضي ثبوته، وحينئذ يلزمه المدعى به. قوله: (والأول أصح بزازية) قال الشيخ أبو الطيب: عزو الشارح إلى البزازية فيه ما فيه، لأن هذه المسألة بتمامها ليست فيها، وإنما فيها دعوى البراءة الخ. وأما ما في الصرفية فهو الموافق لما في المتن، وليس من عادة البزازية أن تنقل عن الصيرفية فليتأمل اهـ. قوله: (عن عيب) أي عيب كان بياضاً في العين أو حبلاً أو تزوجاً. قوله: (وظهر عدمه) أي العيب أو الدين، بأن ظهر أن لا دين عليه أصلاً، أو أنه على غيره.

وعبارة الغرر كهذا المتن: صالح عن عيب فظهر عدمه أو زال بطل الصلح، فلو قال الشارح بعد قوله فظهر عدمه أو عن دين فظهر كذلك كان أوضح، لأن عبارته هذه ظاهرة في أن ضمير عدمه للدين وضمير زال للعيب والحال أنهما للعيب.

وصورة العيب على ما في الدرر عن العمادية: ادعى عيباً في جارية اشتراها فأنكر البائع فاصطلحا على مال على أن يبرئه المشتري البائع من ذلك العيب ثم ظهر أنه لم يكن بها عيب أو كان ولكنه قد زال فللبائع أن يسترد بدل الصلح اهـ

(أو زوال) العيب (بطل الصلح) ويرد ما أخذه. أشباه تنوير.

فَصْلٌ فِي دَعْوَى الدَّيْنِ

(الصلح الواقع على بعض جنس ما له عليه)

وقال في المنح عن السراجية: اشترى حيواناً فوجد بعينه بياضاً فصالحه منه على دراهم ثم ذهب البياض بطل الصلح اهـ.

وفي البدائع: ولو صالحه من العيب ثم زال العيب بأن كان بياضاً في عين العبد فانجلى بطل الصلح اهـ. قاله أبو الطيب.

أقول: وفي المنح فروع نفيسة فراجعها إن شئت. قوله: (أو زال العيب الخ) عزاه في الدرر إلى العمادية، لكن في منية المفتي ما يناقضه. وعبارتها: اشترى حيوانا فوجد في عينه بياضاً فصالحه على دراهم ثم ذهب البياض يصح الصلح اهـ. لكن ما نقله الشارح ذكره من نقلنا عنهم كما سمعت.

وذكره مؤيد زاده عن الخزانة ونصها: ادعى المشتري العيب وأنكر البائع فاصطلحا على أن يرد البائع شيئاً من الثمن ثم يتبين أنه لم يكن بالمبيع عيب كان على البائع أن يسترد ما أدى، كما لو كان العيب متحققاً ثم زال بعد الصلح.

وعلى هذا لو ادعى على إنسان حقاً أو مالاً ثم صالحه على مال فتبين أنه لم يكن عليه ذلك المال أو ذلك الحق: أي إن لم يكن ثابتاً كان للمدعى عليه حق استرداد كل المال اهـ. والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم.

فَصْلٌ فِي دَعْوَى الدَّيْنِ

وهو الذي يثبت في الذمة عيني. والأولى أن يقول: فصل في الصلح عن دعوى الدين، ويقال مثله في العبارة الآتية للمصنف.

قال الحموي: لما ذكر الصلح مطلقاً في عموم الدعاوى ذكر الصلح في الدين لأنه صلح مقيد والمقيد بعد المطلق اهـ. لأن ما ذكره في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين، لأن الخصوص أبداً يكون بعد العموم، والأصل أنه متى كان المصالح عليه أدون من حقه قدراً ووصفاً أو في أحدهما فهو إسقاط للبعض وأخذ للباقي، وإن كان أزيد منه بأن دخل فيه ما لا يستحق من وصف أو ما هو في معناه كتعجيل مؤجل فمعاوضة.

قوله: (الصلح الواقع الخ) أطلق الصلح ولكن المراد كونه على أقل مما عليه من الدين كما هو ظاهر العادة، فتخرج منه صورة التساوي إذ هي استيفاء ونقص عن حقه، وصورة كون المصالح عليه زيادة من الدين فيكون ربا وحراماً ليسا بصلح، وأشار بالصلح إلى أنه لو باع ما في ذمته من الألف بخمسمائة مثلاً لم يجز، صرح به في الظهيرية وسيأتي تمامه.

من دين أو غصب **(أخذ لبعض حقه وحط لباقيه لا معاوضة)** للربا، وحينئذ **(فصح الصلح بلا اشتراط قبض بدله عن ألف حال على مائة حالة أو على ألف مؤجل وعن ألف جياد على مائة زيوف، ولا يصح عن دراهم على دنانير مؤجلة)**

قوله: (من دين) يشمل بدل القرض وثمن المبيع وضمان المتلف وبدل المغصوب وكل ما لزم في الذمة، وقيد في البعض ليفيد أنه لا يجوز على الأكثر، وأنه يشترط معرفة قدره. لكن قال في غاية البيان عن شرح الكافي: ولو كان لرجل على رجل دراهم لا يعرفان وزنها فصالحه منها على ثوب أو غيره فهو جائز؛ لأن جهالة المصالح عنه لا تمنع من صحة الصلح، وإن صالحه على دراهم فهو فاسد في القياس لأنه يحتمل أن بدل الصلح أكثر منه، ولكني أستحسن أن أجيزه لأن الظاهر أنه كان أقل مما عليه؛ لأن مبنى الصلح على الحط والإغماض فكان تقديرهما بدل الصلح شيء دلالة ظاهرة على أنهما عرفاه أقل مما عليه وإن كان لا يعرفان قدر ما عليه في نفسه اهـ.

أقول: لكن في قوله أستحسن أن أجيزه الخ شبهة الربا كما علمت وهي محرمة أيضاً، فالظاهر اعتماد ما في الشرح. تأمل. قوله: **(أو غصب)** أي غصب قيمي أو مثلي أو غصب منه أحد النقدين وهو باق في يده معترفاً ببقائه فصالحه على بعض مقدار من جنسه. قوله: **(أخذ)** خبر مبتدأ. قوله: **(وحط لباقيه)** لأن تصرف العاقل البالغ يصح ما أمكن، ولا يمكن تصحيحه معاوضة لما فيه من الربا، وقد أمكن الإسقاط فيحمل عليه، فلو قال المدعي للمدعى عليه المنكر صالحتك على مائة من ألف عليك كان آخذاً لمائة وإبراء عن تسعمائة وهذا قضاء لا ديانة إلا إذا زاد أبرأتك. قهستاني. وقدمنا مثله معزياً للخانية. قوله: **(للربا)** أي لا يجعل معاوضة لما يلزم عليه من الربا ولا يصح، وتصرف العاقل يحمل على الصحة ما أمكن كما ذكرنا فيجعل حطاً. قوله: **(وحينئذ)** أي حين إذا كان ما ذكر أخذ البعض الحق وإسقاطاً لباقيه لا معاوضة. قوله: **(فصح الصلح)** أي عن ألف على مائة، أطلق الصلح فشمل كون المدعى عليه مقراً أو منكراً أو ساكتاً، والمراد بالألف ثمن مبيع كما هو مقتضى عقد المداينة، وقيد بالألف والمائة بكونهما حالتين احترازاً عما إذا كانت الألف مؤجلة والمائة حالة كما سيذكره بعد، وسنذكر أن هذا فيما إذا شرط ذلك. قوله: **(بلا اشتراط قبض بدله)** أي الصوري وهو ما وقع عليه الصلح، وإلا فليس هنالك بدل بل هو أخذ لبعض الحق، وهذا إنما يظهر في غير المغصوب، أما هو مع الاعتراف ببقائه فليس ما دفعه عين حقه إلا أن يجعل عينه حكماً، وذلك إنما هو في العقود والفسوخ لا في الغصب فليحرر. ولعله أراد بالغصب بدله بعد هلاكه. قوله: **(على مائة حالة)** ويكون الصلح إسقاطاً لبعض الحق فقط. قوله: **(أو على ألف مؤجل)** ويحمل على إسقاط وصف الحلول. قوله: **(عن ألف جياد على مائة زيوف)** هذا شامل لما

لعدم الجنس فكان صرفاً فلم يجز نسيئة **(أو من ألف مؤجل على نصفه حالاً)** إلا في صلح المولى مكاتبه فيجوز. زيلعي **(أو من ألف سود على نصفه بيضاً)** والأصل

إذا كان بدل الصلح مؤجلاً أو حالاً لأنه يصح كما ذكره، بخلاف ما إذا كان له ألف زيوف وصالحه على خمسمائة جياد حيث لا يجوز لعدم استحقاق الجياد فيكون معاوضة ضرورة كما في التبيين، وحينئذ فيكون قد أسقط حقه في الكم والكيف فأسقط من الكم خمسمائة ومن الكيف صفة الجودة، وكذا لو كانت المائة مؤجلة يصح أيضاً لأنه قد أسقط فيها أيضاً وصف الحلول، وإنما جاز هنا لأن من استحق الجياد استحق الزيوف، وهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز، ولو لم يستحقه بالعقد لما جاز لأن المبادلة برأس مال السلم وبدل الصرف لا تجوز، بخلاف ما إذا كان له ألف زيوف وصالحه على خمسمائة جياد حيث لا يجوز لعدم استحقاق الجياد فيكون معاوضة ضرورة: أي لأنه لا يمكن حمله على أنه استوفى بعض حقه وأسقط الباقي، لأنه لا يستحق الجياد فلا يجوز التفاضل فيها لأن جيدها ورديئها سواء كما في الشرنبلالية. قوله: **(لعدم الجنس)** فكان معاوضة، ولو كان من الجنس لكان أخذ البعض الحق فيجوز مؤجلاً. قوله: **(فكان صرفاً)** أي بدلاً عنه، والاستبدال بالأثمان بعضها عن بعض صرف فيشترط فيه التقابض. قوله: **(فلم يجز نسيئة)** أي ولا حالاً بدون القبض لاشتراطه في الصرف كما علم في بابه. قوله: **(أو من ألف مؤجل على نصفه حالاً)** لأن المعجل غير مستحق بعقد المداينة، إذ المستحق به هو المؤجل والمعجل خير منه، فقد وقع الصلح على ما لم يكن مستحقاً بعقد المداينة فصار معاوضة والأجل كان حق المديون وقد تركه بإزاء ما حطه عنه من الدين فكان اعتياضاً عن الأجل وهو حرام؛ ألا يرى أن ربا النسيئة حرم لشبهة مبادلة المال بالأجل فلأن يحرم حقيقة أولى اهـ. درر. قوله: **(إلا في صلح المولى مكاتبه)** يعني إذا صالح المولى مكاتبه على ألف مؤجلة على خمسمائة حالة فإنه يجوز، لأن معنى الإرفاق فيما بينهما أظهر من معنى المعارضة فلا يكون هذا مقابلة الأجل ببعض المال ولكنه إرفاق من المولى بحط بعض البدل وهو مندوب إليه في الشرع، ومساهلة من المكاتب فيما بقي قبل حلول الأجل ليتوصل به إلى شرف الحرية، وهو أيضاً، مندوب إليه في الشرع. ذكره الزيلعي.

وذكر في شرح الكافي للإسبيجابي جواز هذا الصلح مطلقاً على قياس قول أبي يوسف لأنه إحسان من المديون في القضاء بالتعجيل وإحسان من صاحب الدين في الاقتضاء بحط بعض حقه، وحسن هذا إذا لم يكن مشروطاً في الآخر؛ وأما إذا شرط أحدهما في مقابلة الآخر فدخل في الصلح معاوضة فاسدة فيكون فاسداً، وهكذا في غاية البيان. قوله: **(أو من ألف سود على نصفه بيضاً)** لأن البيض غير مستحقة بعقد المداينة، لأن من له السود لا يستحق البيض فقد صالح على ما لا يستحق بعقد المعاوضة فكان

أن الإحسان إن وجد من الدائن فإسقاط وإن منهما فمعاوضة.

(قال) لغريمه (أد إلي خمسمائة غداً من ألف لي عليك على أنك بريء من) النصف (الباقي فقبل) وأدى فيه برىء، وإن لم يؤد ذلك في الغد **(عاد دينه)** كما كان لفوات التقييد بالشرط.

معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف الجودة فكان ربا. منح. بخلاف ما لو صالح على قدر الدين وهو أجود لأنه معاوضة المثل بالمثل، ولا معتبر بالجودة لأنها ساقطة الاعتبار في الأموال الربوية إلا أنه يشترط القبض في المجلس لأنه صرف. الأصل أنه متى كان الذي وقع عليه الصلح عنه دون الحق قدراً أو وصفاً أو وقتاً فهو إسقاط للبعض واستيفاء للباقي لأنه استوفى دون حقه. وإن كان أزيد منه بأن دخل فيه ما لا يستحق من وصف أو تعجيل مؤجل أو كان خلاف جنسه فهو معاوضة لتعذر الاستيفاء في غير المستحق يشترط فيه شروط المعاوضة كما في الشمني.

أقول: وشرطها عند اتحاد الجنس المساواة، فمن له دراهم سود لا يستحق البيض فيكون أخذها بطريق المعاوضة ولو توجد، حتى لو صالحه على ألف حالة عن الألف المؤجلة أو صالحه على ألف بيض عن الألف السود جاز بشرط قبضه في المجلس لوجود المساواة في القدر وهو المعتبر في الصرف دون المساواة في الصفة، ولو كان عليه ألف فصالحه على طعام موصوف في الذمة مؤجل لم يجز لأنه يكون افتراقاً عن دين بدين، ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم جاز، سواء كانت حالة أو مؤجلة لأنه يجعل إسقاطاً للدنانير كلها وللدراهم إلا مائة وتأجيلاً للمائة التي بقيت، ولا يجعل على المعاوضة لأن فيه فساداً كما في العيني.

أقول: ويظهر مما قدمناه قريباً عن شرح الإسبيجابي أن المديون لو أعطى الدائن خمسمائة بيضاً فأسقط الدائن الألف السود من ذمته وأسقط هو البيض من ذمة الآخر لا بشرط المقابلة ينبغي أن يصح، ولكنه لا يسمى ذلك صلحاً كما لا يخفى. قوله: **(أن الإحسان إن وجد من الدائن)** بأن صالح عن شيء هو أدون من حقه قدراً أو وصفاً أو وقتاً. قوله: **(وإن منهما)** أي من الدائن والمدين، بأن دخل في الصلح ما لا يستحقه الدائن من وصف كالبيض بدل السود أو ما هو في معنى الوصف كتعجيل المؤجل أو عن جنس، بخلاف جنسه. قوله: **(فمعاوضة)** أي ويجري فيه حكمها، فإن تحقق الربا أو شبهته فسدت وإلا صحت. قوله: **(عاد دينه)** عندهما. وعند أبي يوسف يبرأ. قوله: **(لفوات التقييد بالشرط)** أي من حيث المعنى فكأنه قيد البراءة من النصف بأداء خمسمائة في الغد، فإذا لم يؤد لا يبرأ لعدم تحقق الشرط.

والحاصل: أن كلمة «على» وإن كانت للعوض لكنها قد تكون بمعنى الشرط، وقد

ووجوهها خمسة: أحدها هذا. (و) الثاني (إن لم يوقت) بالغد (لم يعد) لأنه إبراء مطلق، والثالث (وكذا لو صالحه من دينه على نصفه يدفعه إليه غداً وهو بريء مما فضل على أنه إن لم يدفعه غداً فالكل عليه كان الأمر) كالوجه الأول (كما قال) لأنه صرح بالتقييد. والرابع (فإن أبرأه عن نصفه على أن يعطيه ما بقي غداً فهو بريء أدى الباقي) في الغد (أولا) لبداءته بالإبراء لا بالأداء. (و) الخامس (لو علق بصريح الشرط كإن أديت إلي) كذا أو إذا أو متى (لا يصح) الإبراء لما تقرر أن

تعذر العمل بمعنى المعاوضة فتحمل على الشرط تصحيحاً لتصرفه كما في الدرر. قوله: (والثاني إن لم يوقت بالغد) أي لم يذكر لفظ غد، بل قال ادفع إلي خمسمائة على أنه بريء من الباقي لم يعد دينه لعدم الأداء، ويبرأ مطلقاً أدى الخمسمائة في الغد أو لم يؤد؛ لأن البراءة قد حصلت بالإطلاق وإلا فلا تتغير بما يوجب الشك في آخره. منح. قوله: (لم يعد) أي الدين مطلقاً أدى أو لم يؤد. قوله: (لأنه إبراء مطلق) لأنه لما لم يوقت للأداء وقتاً لم يكن الأداء غرضاً صحيحاً لأنه واجب على الغريم في كل زمان فلم يتقيد بما حمل على المعاوضة وهو لا يصلح عوضاً، والظاهر أن الإبراء مقيد بأدائه ولو في آخر جزء من أجزاء حياته، حتى إذا مات ولم يؤد يؤخذ كل الدين من تركته؛ لأن التعليق بالأداء موجود معنى، بخلاف الوجه الرابع فإنه يبرأ مطلقاً لبداءته بالإبراء. قوله: (كالوجه الأول) خبر أول. وقوله: (كما قال) خبر ثان. قوله: (لبداءته بالإبراء لا بالأداء) قال في الدرر: لأنه أطلق الإبراء وأداء خمسمائة لا يصلح عوضاً ويصلح شرطاً مع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد بالشك، بخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسمائة لأن الإبراء حصل مقروناً به، فمن حيث إنه لا يصلح عوضاً يقع مطلقاً، ومن حيث إنه يصلح شرطاً لا يقع مطلقاً فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا اهـ. قوله: (بصريح الشرط) قال القهستاني: وفيه إشعار بأنه لو قدم الجزاء صح.

في الظهيرية: لو قال حططت عنك النصف إن نقدت إلي نصفاً فإنه حط عندهم وإن لم ينقده. قوله: (كإن أديت إلي كذا) الخطاب للغريم، ومثله الكفيل كما صرح به الإسبيجابي في شرح الكافي وقاضيخان في شرح الجامع.

قال في غاية البيان: وفيه نوع إشكال، لأن إبراء الكفيل إسقاط محض ولهذا لا يرتد برده فينبغي أن يصح تعليقه بالشرط، إلا أنه كإبراء الأصيل من حيث إنه لا يحلف به كما يحلف بالطلاق فيصح تعليقه بشرط متعارف لا غير المتعارف، ولهذا قلنا: إذا كفل بمال عن رجل وكفل بنفسه أيضاً على أنه إن وافى بنفسه غداً فهو بريء عن الكفالة بالمال فوافى بنفسه بريء عن المال لأنه تعليق بشرط متعارف فصح اهـ. قوله: (لما تقرر الخ) قال في المنح: إنما لا يصح لأن الإبراء المعلق تعليقاً صريحاً لا يصح، لأن الإبراء فيه معنى التمليك

تعليقه بالشرط صريحاً باطل لأنه تمليك من وجه.

(وإن قال) المديون (لآخر سراً لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عني أو تحط) عني (ففعل) الدائن التأخير أو الحط (صح) لأنه ليس بمكره عليه.

ومعنى الإسقاط، فالإسقاط لا يتأتى تعليقه بالشرط والتمليك يناقيه فراعينا المعنيين، وقلنا: إن كان التعليق صريحاً لا يصح وإن لم يكن صريحاً يصح اهـ. قوله: (لأنه تمليك من وجه) بدليل أنه لا يرتد بالرد والتمليكات لا تحتمل التعليق بالشرط، وهو إسقاط أيضاً بدليل أنه لا يتوقف على القبول والإسقاط يحتمل ذلك، فلمعنى التمليك فيها قلنا: إذا صرح بالتعليق بالشرط لم يصح، ولمعنى الإسقاط[1] إذا لم يصرح بالتعليق بالشرط يفيد. كذا في الكافي. قوله: (وإن قال المديون لآخر سراً الخ) هذا القيد أهمله في الكنز ولم ينبه عليه شارحه الزيلعي، ونبه عليه ملا مسكين وصاحب الدرر وملتقى الأبحر والهداية، وعبارته بعد ذكر المسألة مطلقة. ومعنى المسألة: إذا قال ذلك سراً، أما إذا قال علانية يؤخذ به، لأن قوله لا أقر بمالك الخ يتضمن الإقرار به حيث أضافه إليه بقوله مالك، أو لأنه تعليق الإقرار بالشرط فيلزم في الحال، ولذا قيد به ملا مسكين في عبارة الكنز حيث لم تتقيد بقوله: سراً كما علمت، وقد عزاه هنا وفي البحر إلى المجتبى، ولكن النظر إلى العلة التي ذكرها الزيلعي وغيره وهي كونه ليس بمكره لتمكنه من إقامة البينة أو التحليف فينكل، وهو نظير الصلح مع الإنكار لأن كل واحد منهما لا ينافي الطوع، والاختيار في تصرفه أقصى ما في الباب أنه مضطر، لكن الاضطرار لا يمنع من نفوذ تصرفه كبيع ماله بالطعام عند المخمصة يوجب التسوية بين الحالتين فتأمل. ذكره الرملي.

أقول: معنى الأخذ: أي بإقراره وهو. قوله: (بمالك) والمال مجهول فيؤمر ببيانه ولا يلزمه ما ادعاه المدعي لعدم إقراره به. تأمل. قوله: (قوله بمالك) بفتح اللام وكسرها. حموي. قوله: (صح) أي فليس له المطالبة في الحال بعد التأخير ولا في المحطوط كما في المنح. قوله: (لأنه ليس بمكره) لأنه لو شاء لم يفعل ذلك إلى أن يجد البينة، أو يحلفه فينكل عن اليمين. إتقاني. وقوله «وليس بمكره» على صيغة اسم المفعول، إذ يمكنه أن يبرهن أو يحلفه فينكل عن اليمين نفسه بلا شروع إلى أحدهما كان رضاً بذلك فنفذ فيكون كصلح عن إنكار، ومن ذلك ذكرت هذه المسألة هنا، هذا هو الموافق لما في غاية البيان وشرح القدسي، وما في الكفاية يقتضي كون الضمير المنصوب عائد إلى المديون، وأن يكون مكره على صيغة اسم الفاعل كما فسر به البعض هنا، والأول هو المتبادر كما لا يخفى. قوله: (عليه) جعل لفظ عليه صلة لمكره، وهو خلاف ما

---

(١) في ط (قوله ولمعنى الإسقاط الخ) هكذا بالأصل، ولعله «ولا لمعنى الإسقاط قلنا. إذا لم يصرح بالتعليق بالشرط يصح.

(ولو أعلن ما قاله سراً أخذ منه الكل للحال) ولو ادعى ألفاً وجحد فقال أقرر لي بها على أن أحط منها مائة جاز، بخلاف على أن أعطيك مائة لأنه رشوة. ولو قال إن أقررت لي حططت لك منها مائة فأقر صح الإقرار لا الحط. مجتبى.

(الدين المشترك) بسبب متحد كثمن مبيع بيع صفقة واحدة

في العيني والدرر. قال العيني عند قول الكنز صح: أي هذا الفعل عليه: أي على الدائن: يعني إن أخره يتأخر، وإن حط عنه بعضه يتحط لأن المديون ليس بمكره اهـ. ومثله في الدرر إلا أنه قال صح: أي التأخير والحط لأنه ليس بمكره عليه: أي على الدائن فوصل عليه بمكره فتوهم الشارح أنه متعلق به، وليس الأمر كذلك لأن لفظ عليه من المتن في الكنز والدرر، ويحتمل أنها هنا كذلك إلا أن الناسخ سوّدها وحينئذ فالعبارة صح عليه: أي نفذ عليه التأخير أو الحط لأنه ليس بمكره، وضمير عليه: أي على الدائن حتى أنه بعد التأخير لا يتمكن من مطالبته في الحال، وفي الحط لا يتمكن من مطالبته ما حطه أبداً. قوله: (ولو أعلن ما قاله سراً) يعني أنه تكلم به أولاً بين الناس، وليس المراد أنه بعد أن اتفقا على الحط أو التأخير أعلن فإنه لا ينقض الصلح، والمراد أن الدائن سكت: إذ لو حط في الإعلان أو أقر صح بل هو أولى من حالة السر ط.

أقول: وظاهر كلام المصنف يوهم أنه بعد ما أخر أو حط عنه كما فهمته مما قدمناه مع أنه ليس كذلك، فلو قال ولو أعلن. بقوله: لا أقر لك حتى تؤخره عني أو تحط يكون إقراراً فيؤخذ للحال كله إن لم يؤخر أو يحط. قال المولى عبد الحليم: وقوله: (ولو أعلن) أي المديون وقوله: (ما قاله سراً) أشار به إلى أن مفعوله محذوف وهو قوله لا أقر لك بمالك الخ. قوله: (أخذ الكل منه للحال) أي تمكن من أخذ الكل بلا تأخير إن أخر ولا حط إن حط. قال ط: لعل هذا إذا لم يؤخره الطالب ولم يحط، أما لو فعل ذلك صح لعدم إكراهه اهـ. قوله: (فقال أقرر) بهمزة قطع مفتوحة من أقر. قوله: (جاز) أي الحط لأنه ليس من تعليق الإبراء صريحاً بل معنى، وقد سبق جوازه. قوله: (بخلاف على أن أعطيك مائة) فإذا أقر صح الإقرار، ولا يلزم الدائن شيء. قوله: (لا الحط) لأن الحط إبراء وهو معلق بصريح الشرط فلا يصح كما تقدم. حلبي. والأولى أن يقول: لأنه وعد معلق بالشرط لا يجب الوفاء به شرعاً. قوله: (الدين المشترك بسبب متحد) شامل لما إذا اشتركا في المبيع بأن كان عيناً واحدة أو لم يشتركا بأن كانا عينين لكل عين بيعتا صفقة واحدة بلا تفصيل ثمن اهـ. شرنبلالية. قوله: (كثمن مبيع بيع صفقة واحدة) بأن كان لكل واحد منهما عين على حدة أو كان لهما عين واحدة مشتركة بينهما وباعا الكل صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما. زيلعي.

واحترز بالصفقة الواحدة عن الصفقتين، حتى لو كان عبد بين رجلين باع أحدهما

أو عين موروث أو قيمة مستهلك مشترك (إذا قبض أحدهما شيئاً منه شاركه الآخر

نصيبه من رجل بخمسمائة درهم وباع الآخر نصيبه من ذلك الرجل بخمسمائة درهم وكتبا عليه صكاً واحداً بألف وقبض أحدهما منه شيئاً لم يكن للآخر أن يشاركه لأنه لا شركة لهما في الدين؛ لأن كل دين وجب بسبب على حدة، عزمية. وإنما تتحد الصفقة إذا اتحد اللفظ وقدر الثمن ووصفه، كأن قالا بعناك هذا العبد بألف لكل خمسمائة فقبل كان صفقة واحدة، أما لو باع أحدهما بخمسمائة ثم الآخر بخمسمائة أو باعاه بألف على أن لأحدهما خمسمائة بيضاً وللآخر سوداً أو لأحدهما ستمائة وللآخر أربعمائة فذلك كله صفقتان، فلا يشارك أحدهما الآخر فيما قبض كما يفهم ذلك من المنح. وقيد بالدين المشترك لأنه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح وليس لشريكه أن يشاركه فيه لكونه معاوضة من وجه لأن المصالح عنه مال حقيقة، بخلاف الدين. زيلعي. فليحفظ فإنه كثير الوقوع.

وفي الخانية: رجلان ادعيا أرضاً أو داراً في يد رجل وقالا هي لنا ورثناها من أبينا فجحد الذي هي في يده فصالحه أحدهما عن حصته على مائة درهم فأراد الابن الآخر أن يشاركه في المائة لم يكن له أن يشاركه، لأن الصلح معاوضة في زعم المدعي فداء يمين في زعم المدعى عليه، فهو معاوضة من وجه استيفاء من وجه فلا يثبت للشريك حق الشركة بالشك. وعن أبي يوسف في رواية لشريكه أن يشاركه في المائة اهـ.

سئل العلامة الشلبي عن دار مشتركة بين ثلاثة أوقاف كل وقف له حصة معلومة ومستحقون يختصون به فإذا قبض بعض النظار شيئاً من الأجرة هل لباقي النظار أن يشاركه في المقبوض أم لا؟ فأجاب بأن لباقي النظار الشركة فيما قبضه أحدهم حيث صدرت الإجارة منهم صفقة واحدة قياساً على ثمن المبيع صفقة واحدة اهـ. وتعقبه العلامة الحموي بأن جوابه إنما يصح إذا كان ما آجره كل من النظار معيناً غير مشاع.

وأقول: هذا إنما يرد أن لو صدرت الإجارة في بعض الدار لما يلزم عليه حينئذ من إجارة المشاع لغير الشريك، ولا شيوع هنا لصدور الإجارة في كل الدار، فتنبه. قوله: (أو عين موروث) أو كان موصى به لهما أو كان بدل قرضهما. أبو السعود. قوله: (إذا قبض) أطلقه فشمل قبضاً على طريق الاقتضاء أو الصلح. قوله: (شاركه الآخر فيه) هذا أصل كلي يتفرع عليه فروع: يعني إذا كان لرجلين دين على آخر فقبض أحدهما شيئاً منه ملكه مشاعاً كأصله فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض، لأنه وإن ازداد بالقبض إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض، لكن هذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فيصير كزيادة الثمرة والولد فله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلاً عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه فيضمن لشريكه حصته.

فيه) إن شاء أو اتبع الغريم كما يأتي، وحينئذ (فلو صالح أحدهما من نصيبه على ثوب) أي على خلاف جنس الدين (أخذ الشريك الآخر نصفه إلا إن ضمن) له (ربع) أصل (الدين)

درر. وليس بين قوله ملكه مشاعاً كأصله. وقوله: ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض مخالفة، لأن المقبوض عين الدين من وجه وغيره من وجه كما صرح به في عامة الكتب، والاعتبار الأول يقتضي كون المقبوض مشتركاً والاعتبار الثاني يوجب الاختصاص بالقابض، فعملنا بالوجهين وقلنا على الوجه الأول: إنه يكون للآخر ولاية المشاركة، وعلى الوجه الثاني: إنه يدخل في ملك القابض وينفذ تصرفه، ومن هذا يظهر الحسن. قوله: فله حق المشاركة: أي في المقبوض، أشار به إلى أنه ليس له حقيقة المشاركة وإلا لما نفذ تصرف القابض فيه قبل المشاركة، والمشبه لا يلزم أن يكون في حكم المشبه به من كل وجه، فلا يلزم من تحقق حقيقة الشركة في الثمرة والولد تحقق حقيقتها في المقبوض من الدين كما لا يخفى. قوله: (أو اتبع الغريم) فلو اختار ثم توى نصيبه بأن مات الغريم مفلساً رجع على القابض بنصف ما قبض ولو من غيره. بحر: أي من غير ما قبض لأن حقه فيه سقط بالتسليم فيرجع بمثله ويكون ما قبضه أخيراً صرفاً عما في الذمة.

وعبارة الزيلعي: رجع عليه كما في الخوانية، لكن ليس له أن يرجع في عين تلك الدراهم المقبوضة لأن حقه فيها قد سقط بالتسليم فلا يعود حقه فيها بالتوي ويعود إلى ذمته في مثلها اهـ. وعليه فكان ينبغي إسقاط لفظ ولو ويقول هكذا: ورجع على القابض بنصف ما قبض من غيره، وذلك لأن حقه فيها قد سقط بالتسليم فلا يعود حقه فيها بالتوي ويعود إلى ذمته في مثلها. تأمل. قوله: (وحينئذ فلو صالح) في التفريع نظر، لأن الأصل أن يقبض من الدين شيئاً، وهذا صلح من نصيبه لا قبض. تأمل. قوله: (أي على خلاف جنس الدين) احتراز عما إذا كان على جنسه كما تقدم فإنه يشاركه فيه أو يرجع على المدين، وليس للقابض فيه خيار لأنه بمنزلة قبض بعض الدين. قوله: (أخذ الشريك الآخر نصفه) أي نصف الدين من غريمه أو أخذ نصف الثوب، لأن الصلح وقع عن نصف الدين وهو مشاع، وقسمة الدين حال كونه في الذمة لا تصح، وحق الشريك متعلق بكل جزء من الدين فيتوقف على إجازته وأخذه النصف دال على إجازة العقد فيصح ذلك. قوله: (إلا إن ضمن) أي الشريك المصالح. قوله: (ربع الدين) يعني إلا أن يغرم له حصته من أصل الدين الواصل بواسطة الصلح.

وأفاد أن المصالح مخير إذا اختار شريكه اتباعه: فإن شاء دفع له حصته من المصالح عليه، وإن شاء ضمن له ربع الدين. ولا فرق بين كون الصلح عن إقرار أو غيره وبعد ضمان المصالح الربع لا يكون للآخر سبيل على الثوب.

فلا حق له في الثوب.

(ولو لم يصالح بل اشترى بنصفه شيئاً ضمنه) الشريك (الربع) لقبضه النصف

وحاصله: أن الشريك الآخر مخير بين الاتباع للمديون والشريك المصالح، وأن للمصالح مخير في دفع نصف الثوب المقبوض وربع الدين، ولم يلزم عليه دفع الربع لاحتمال تضرر المصالح، لأن الصلح على الحط غالباً فيكون ما استوفاه أنقص، بل يحتمل أن لا يبقى له شيء من مقبوضه، وأشار بكون البدل ثوباً إلى أن هذا فيما كان بدل الصلح خلاف جنس الدين. أما إذا وقع على جنسه ليس للمصالح خيار فيه بل لشريكه المشاركة في المقبوض أو يرجع على المديون لأنه بمنزلة قبض بعض الدين كما في المبسوط. وأطلق الصلح فشمل ما يكون عن إقرار أو سكوت أو إنكار.

ثم الحيلة في أن لا يرجع عليه شريكه أن يهب له الغريم مقدار حقه من الدين ويقبضه ثم يبرئه من حقه أو يبيعه شيئاً يسيراً ولو كفاً من زبيب بقدر حصته من الدين ثم يبرئه عن الدين ويأخذ ثمن المبيع كما في الذخيرة والتتمة. قوله: (فلا حق له في الثوب) لأن حقه في الدين وقد ضمنه له، وقد علم أن الخيار للمصالح.

والحاصل: أن في تخيير الشريك قيدين: أن يكون المصالح عنه ديناً والمصالح عليه ثوباً. فإن كان المصالح عنه عيناً مشتركة ليس لشريكه أن يشاركه فيه، ولو كان المصالح عليه من جنس الدين شاركه الشريك أو يرجع على المدين.

والفرق بين الصلح على الجنس وغيره أنه إذا صالحه على الجنس يشاركه الشريك فيه أو يرجع على الغريم، وفي الصلح على خلاف الجنس كذلك، إلا أن يضمن له ربع الدين لأن حقه في الدين لا في الثوب. قوله: (ضمنه شريكه الربع) يعني إن شاء لأنه صار قابضاً حقه بالمقاصة ولا ضرورة عليه، لأن مبنى البيع على المماكسة، بخلاف الصلح لأن مبناه على الإغماض والحطيطة، فلو ألزمناه دفع ربع الدين لتضرر.

لا يقال: قسمة الدين قبل القبض لا تصح فكيف تصور المقاصة فيه. لأنا نقول: قسمة الدين قبل القبض تجوز ضمناً، وإنما لا تجوز قصداً، وهنا وقعت القسمة في ضمن صحة الشراء وصحة المصالحة وللشريك أن لا يتبع القابض في الجميع ويرجع على المدين، لأن القابض قبض حقه إلا أن له حق المشاركة، ولو كان للمطلوب على أحدهما دين قبل وجوب دينهما عليه حتى صار دينه قصاصاً به فلا ضمان عليه لأنه أحد الدينين قضاء لأولهما لا اقتضاء، والضمان إنما يجب بالاقتضاء، وكذا المشاركة لا تجب بالقضاء وإنما تجب بالاقتضاء، ولو أبرأه أحدهما عن نصيبه لا يضمن، ولو غصب أحدهما من المدين عيناً أو اشترى منه شراء فاسداً فهلك عنده فهو قبض والاستئجار بنصيبه قبض لا التزوج به لعدم إمكان المشاركة فيه كالجناية على نفس المدين وكالإبراء، بخلاف التزوج على دراهم

بالمقاصة (أو اتبع غريمه) في جميع ما مر لبقاء حقه في ذمته.

(وإذا أبرأ أحد الشريكين الغريم عن نصيبه لا يرجع) لأنه إتلاف لا قبض (وكذا) الحكم (إن) كان للمديون على أحدهما دين قبل وجوب دينهما عليه حتى (وقعت المقاصة بدينه السابق) لأنه قاض لا قابض

(ولو أبرأ) الشريك المديون (عن البعض قسم الباقي على سهامه) ومثله المقاصة؛ ولو أجل نصيبه صح عند الثاني؛

مختلفة فإنه قبض بالإجماع لوقوع التقاص زيلعي. قوله: (أو اتبع غريمه في جميع ما مر) أي في مسألة الصلح والبيع أو القبض. قوله: (لبقاء حقه في ذمته) ولأن القابض مستوفٍ نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن يشاركه. قوله: (لا يرجع) أي الشريك بنصف المبرىء على الذي أبرأ. قوله: (لأنه إتلاف لا قبض) والرجوع يكون في المقبوض لا في المتلف، ولم يزدد نصيب المشتري بالبراءة فلم يرجع عليه. قوله: (قبل وجوب دينهما عليه) أما لو كان حادثاً حتى التقيا قصاصاً فهو كالقبض ويشاركه فيه كما في البحر. قوله: (عليه) أي المديون. قوله: (لأنه قاض لا قابض) أي والمشاركة إنما تثبت في المقبوض لا في القضاء. قوله: (ولو أبرأ الشريك المديون) بالنصب مفعول أبرأه والأولى أن يقول أحد الشريكين. قوله: (قسم الباقي على سهامه) أي على سهام الباقي؛ لأنه لعل المراد بالسهام السهام الباقية لا أصلها، يظهر ذلك فيما لو كان له الثلثان فأبرأه عن الثلث يقسم ما يؤخذ نصفين لأن الحق عاد إلى هذا القدر، ولو اعتبرنا الأصل قسم أثلاثاً، وقد صرح ابن الكمال بالأول. قوله: (ومثله المقاصة) بأن كان للمديون على الشريك خمسة مثلاً قبل هذا الدين فإن القسمة على ما بقي بعد المقاصة. قوله: (صح عند الثاني) اعتباراً بالإبراء المطلق خلافاً للطرفين لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض كما في الهداية.

وفي النهاية: ما ذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر في عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول أبي يوسف، وذلك سهل لجواز أن يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع الإمام.

قال في البرهان: تأجيل نصيبه موقوف على رضا شريكه عند أبي حنيفة، وبه نأخذ، وعندهما لا، وفي عامة الكتب محمد مع أبي يوسف، وذكره في الهداية مع أبي حنيفة فكان عنه روايتان كما في الشرنبلالية.

وفي البحر: وإن أجله أحدهما فإذا لم يكن واجباً بعقد كل منهما بأن ورثا ديناً مؤجلاً فالتأجيل باطل؛ وإن كان واجباً بإدانة أحدهما: فإن كانا شريكين شركة عنان: فإن

والغصب والاستئجار بنصيبه قبض لا التزوج، والصلح عن جناية عمد.

آخر الذي ولي الإدانة صح تأجيله في جميع الدين، وإن أخر الذي لم يباشرها لم يصح في حصته أيضاً، وإن كانا متفاوضين وأجل أحدهما أيهما أجل صح تأجيله اهـ. ولم يظهر وجه لذكر قول الثاني، وترك قول الإمام مع عدم تصحيحه. قوله: (والغصب) أي إذا غصب أحدهما منه عيناً وهلكت عنده فإنه يزل قابضاً نصيبه فيشاركه فيه الآخر سواء كان من جنس الدين أو من غير جنسه وهلك في يد الغاصب وقضي عليه بقيمته من جنس الدين، فلو كان من غير جنس الدين وكان موجوداً رد عينه كما في الرحمتي: أي لأنه يملكه من وقت الغصب عند أداء الضمان. قوله: (والاستئجار) أي بأجرة من جنس الدين لأنها بيع المنافع، فصار بمنزلة ما إذا اشترى بنصيبه شيئاً فإنه يرجع عليه بربع الدين فكذا هنا وكذا خدمة العبد وزراعة الأرض.

وصورتها بأن استأجر أحدهما من المديون داراً بحصته سنة وسكنها، وكذا لو استأجره بأجر مطلق.

وروى ابن سماعة عن محمد: لو استأجر بحصته لم يشاركه الآخر وجعله كالنكاح، هذا إذا أضاف العقد إلى الدين لأنه اتلاف كما في الزيلعي. قوله: (لا التزوج) أي تزوج المديونة على نصيبه فإنه لا يكون قبضاً، لأنه ليس بدل مال فكان فيه معنى الإتلاف من وجه تأشيه الإبراء، بخلاف ما إذا تزوجها على دراهم مطلقة أي حتى التقت قصاصاً بنصيبه فإنه يكون كالقبض كما في الإتقاني.

وفي الشرنبلالية: والتزوج بنصيبه إتلاف في ظاهر الرواية حتى لا يرجع عليه صاحبه بشيء. وعن أبي يوسف أنه يرجع بنصيبه منه لوقوع القبض بطريق المقاصة، والصحيح الأول انتهى. قوله: (والصلح عن جناية عمد) أي لو جنى أحدهما عليه جناية عمد فيما دون النفس أرشها مثل دين الجاني فصالحه على نصيبه، وكذا لو كان فيها قصاص لأنه لم يملك بمقابلته شيئاً قابلاً للشركة كما في البرهان وغيره، قيد بالعمد لأن الخطأ يسلك فيه مسلك الأموال فكأنه قابض أفاده في النهاية وغيرها.

وفي الإيضاح: لا يلزمه لشريكه شيء لأنه كالنكاح. وفي العناية بعد نقله ما تقدم: ورأى أنه قيد بذلك لأن الأرش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضياً، وتمامه في تكملة قاضي زاده.

قال الزيلعي: وقوله لا التزوج والصلح عن جناية عمد: أي بأن كان لهما دين على امرأة فزوجته عليه نفسها أو على مولى الأمة فزوجها المولى منه عليه أو على المكاتب أو على الأمة المأذون لها فتزوجها عليه بإذن المولى ليس بقبض في ظاهر الرواية حتى لا يرجع عليه شريكه، لأنه لم يسلم له شيء يمكنه المشاركة فيه فصار كالجناية على نفس المدين. وعن

وحيلة اختصاصه بما قبض أن يهبه الغريم قدر دينه ثم يبرئه أو يبيعه به كفاً من تمر مثلاً ثم يبرئه. ملتقط وغيره، ومرت في الشركة.

(صالح أحد ربي السلم عن نصيبه على ما دفع من رأس المال: فإن أجازه الشريك) الآخر **(نفذ عليهما، وإن رده رد)** لأن فيه قسمة الدين قبل قبضه وإنه باطل. نعم لو كانا شريكي

أبي يوسف: أنه يرجع عليه لوجود القبض بطريق المقاصة على ما بينا. والصحيح الأول لأنه إتلاف، ولأن النكاح يتعلق بعين الدين عند الإضافة إليه فيملكه بعينه ثم يسقط عن ذمتها كالهبة، بخلاف ما إذا لم يضف العقد إليه بأن سمي دراهم مطلقة لوقوع التقابض بنصيبه حيث يرجع إليه شريكه بالإجماع لأنها لم تملكه وإنما ملكت غيره فالتقيا قصاصاً، والصلح عليه عن جناية العمد ليس بقبض لأنه لم يملك شيئاً قابلاً للشركة بمقابلته اهـ. قوله: **(أن يهبه الغريم)** أي المديون فيكون المقبوض هبة لا دينه. قوله: **(ثم يبرئه)** الضمير في «يبرئه» لأحد الدائنين ففيه تشتيت: أي يبرىء الشريك الغريم، فإن بإبرائه المديون لا يرجع عليه بشيء كما مر. قوله: **(أو يبيعه)** أي الطالب وهو معطوف على يهبه: أي يبيع الشريك للمديون كفاً التمر بقدر دينه فلم يكن مقتضياً الدين بل آخذاً ثمن البيع وقابضاً للهبة في الصورة الأولى ثم يبرئه من دينه ولا رجوع للشريك عليه بالإبراء. قوله: **(به)** أي بقدر نصيبه من الدين بأن يجعل ثمن التمر بقدر نصيبه فيكون المقبوض ثمن المبيع لا نصيبه من الدين. قوله: **(ثم يبرئه)** أي أحد الدائنين وهو من باع التمر. قوله: **(صالح أحد ربي السلم)** إطلاق الصلح هنا مجاز عن الفسخ كما حرره صاحب غاية البيان؛ لأنه فسخ في الحقيقة. قالوا: أطلق عليه الصلح بما فيه من الحطيطة التي هي من خواص الصلح كما في تكملة المولى زكريا.

أقول: الحطيطة هي التي لزمت على المسلم إليه من المسلم فيه حيث سقطت بهذه المصالحة تدبر كما لا يخفى. قوله: **(عن نصيبه)** أي من المسلم فيه. قوله: **(على ما دفع من رأس المال)** قيد به لأنه لو كان على غيره لا يجوز بالإجماع لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه قبل قبضه. زيلعي. قوله: **(نفذ عليهما)** فيكون المقبوض بينهما، وكذا ما بقي من المسلم فيه درر البحار: أي فيكون نصف رأس المال فيهما وباقي الطعام بينهما سواء كان رأس المال مخلوطاً أو لا. بحر. قوله: **(وإن رده رد)** وبقي المسلم فيه على حاله. بحر. قوله: **(لأن فيه قسمة الدين)** وهو المسلم فيه وهذا منعيهما. وقال أبو يوسف: يجوز اعتباراً بسائر الديون. ولهما أنه لو جاز: فإما أن يجوز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين، فعلى الأول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر إلا بالتمييز ولا تمييز إلا بالقسمة وهي باطلة، وإن كان الثاني فلا بد من إجازة

مفاوضة جاز مطلقاً. بحر.

فَصْلٌ فِي التَّخَارُجِ

(أخرجت الورثة أحدهم عن) التركة وهي (عرض أو) هي (عقار بمال) أعطوه له (أو) أخرجوه (عن) تركة هي (ذهب بفضة) دفعوها له (أو على (العكس) أو عن نقدين بهما (صح) في الكل

الآخر لأنه فسخ على شريكه عقده فيتفقر إلى رضاه. درر. قوله: (مفاوضة) نصب على التمييز. قوله: (جاز مطلقاً) الذي في البحر جاز ولو في الجميع: أي جميع المسلم فيه: يعني أن الجواز لا يخص نصيبه بل إذا فسخ في الجميع جاز. قال: وأما إذا كانت عنانا توقف أيضاً إن لم يكن من تجارتهما.

في الكافي: لو أسلم في كرّ برّ ثم اصطلحا على أن يزيد المسلم إليه نصف كرّ لم يصح إجماعاً، لأنها لو صحت خرج بعض رأس المال من ذلك السلم فيجعل بإزاء الزيادة فيصير ديناً على المسلم إليه فكأنه أسلم ديناً، وإذا لم يجز فعليه رد ثلث رأس المال إلى رب السلم وعليه كرّ تام عند الإمام. وقالا: لا يرده لأن الإخراج للزيادة وبطلت فيبطل. قلنا: قصدا شيئين الإخراج والإدخال فصح الأول لا الثاني اهـ. والله تعالى أعلم، وأستغفر الله العظيم.

فَصْلٌ فِي التَّخَارُجِ

قال في المنح: هو من الخروج، وهو أي شرعاً: أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم، ووجه تأخيره قلة وقوعه فإنه قلما يرضى أحد بأن يخرج من الورثة بغير استيفاء حقه. وسببه طلب الخارج من الورثة ذلك عند رضا غيره به، وله شروط تذكر في أثناء كلام اهـ. قوله: (أخرجت الورثة أحدهم) أي أو الموصى له بمبلغ من التركة. سائحاني. وفي آخر الأشباه عن الكتاب: لو صولح الموصى له بالثلث على السدس صح اهـ.

أقول: لكنه مشكل، لأنه من قبيل الإسقاط في الأعيان وهو لا يجوز، وقد صرحوا بأن الوارث لا يسقط حقه من التركة بالإسقاط ونحو مثله. وأما المخارجة فبيع، ويأتي تمامه. قوله: (صح في الكل) أي ويقسم الباقي بينهم على سهامهم الخارجة قبل التخارج إلا أن يجعل هذا التخارج كأن لم يكن.

بيانه: امرأة وبنت وأخ شقيق أصلها ثمانية واحد للمرأة وأربعة للبنت والباقي للأخ، فإذا أخرجت المرأة قسم الباقي على سبعة، ولو جعلت كأن لم تكن قسم نصفين. حموي عن الشيخ عماد الدين.

صرفاً المجلس، بخلاف جنسه (قل) ما أعطوه (أو كثر) لكن بشرط التقابض فيما هو صرف (و) في إخراجه عن (نقدين وغيرهما بأحد النقدين لا) يصح

واعلم أنه إذا أخرجوا واحداً فحصته تقسم بين البقية على السواء إن كان ما أعطوه من مالهم غير الميراث، وإن كان مما ورثوه فعلى قدر ميراثهم. وقيده المصنف بأن يكون عن إنكار، أما إذا كان عن إقرار فهو بينهم على السواء مطلقاً. أبو السعود. ويأتي ذلك أواخر الفصل. قوله: (صرفاً للمجلس بخلاف جنسه) علة، لقوله: (أو نقدين بهما)، والأولى تأخيره عن قوله: (قل ما أعطوه أو كثر)، ويوجد في بعض النسخ التعبير باللام عوضاً عن الباء في بخلاف الجنس، وهي أولى من الباء: أي لو صالح عن الذهب والفضة بذهب وفضة صح وصرف الذهب للفضة وهي له. والمراد بالصرف في كلامه الصرف المصطلح عليه في الفقه وهو بيع الثمن بالثمن، والباء فيه للمقابلة، ولو كان المراد بالصرف اللغوي لاختص بمسألة واحدة، وهي ما إذا اشتملت التركة على ذهب وفضة ودفع البدل كذلك ولعداه بفي أو اللام. ولقوله: بعد ذلك (لكن بشرط التقابض فيما هو صرف) فإنه متعين للصرف الاصطلاحي. قوله: (قل ما أعطوه أو كثر) لأنه معاوضة لا إبراء إذ الإبراء عن الأعيان باطل كذا قيل.

وأقول: ما قيل إن الإبراء عن الأعيان باطل، قيده في البحر بما إذا كان على وجه الإنشاء، فإن كان على وجه الإخبار كقوله: (هو بريء مما لي قبله فهو صحيح متناول للدين والعين فلا تسمع الدعوى)، وكذا إذا قال لا ملك لي في هذا العين. ذكره في المبسوط والمحيط. فعلم أن قوله لا أستحق قبله حقاً مطلقاً ولا استحقاقاً ولا دعوى يمنع الدعوى بحق من الحقوق قبل الإقرار عيناً كان أو ديناً، وتقدم الكلام عليه أوائل الإقرار، وسيأتي آخر الفصل مستوفى إن شاء الله تعالى. قوله: (لكن بشرط التقابض) قال في البحر: ولا يشترط في صلح أحد الورثة المتقدم أن تكون أعيان التركة معلومة، لكن إن وقع الصلح عن أحد النقدين بالآخر يعتبر التقابض في المجلس غير أن الذي في يده بقية التركة إن كان جاحداً يكتفي بذلك القبض لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح، وإن كان مقراً غير مانع يشترط تجديد القبض اهـ.

أقول: بيانه أن التركة في يد أحد الورثة أمانة، فإذا أنكرها أو منع صار غاصباً والغاصب ضامن وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان فيلزم تجديد القبض فيما لو كان مقراً غير مانع، وإلا لا، وهذا في غير النقدين. أما هنا في صورة ما إذا صالحا على جنسهما فلا بد من حضور ذلك المجلس وتجديد القبض فيه لأنه صرف محض كما يأتي. قوله: (وغيرهما) وكذا عن النقدين فقط. قوله: (بأحد النقدين) قيد بأحد النقدين احترازاً عما إذا كان بدل الصلح مجموع النقدين فإنه يصح كيف كان، لأنا نصرف الجنس إلى

(إلا أن يكون ما أعطي له أكثر من حصته من ذلك الجنس) تحرزاً عن الربا، ولا بد من حضور النقدين عند الصلح وعلمه بقدر نصيبه، شرنبلالية وجلالية.

خلاف الجنس تصحيحاً للعقد كما في البيع بل أولى؛ لأن المقصود من الصلح قطع المنازعة، ولكن يشترط فيه التقابض قبل الافتراق لأنه صرف ط. قوله: **(إلا أن يكون ما أعطي له أكثر من حصته من ذلك الجنس)** فلو كان ما أعطوه أقل أو مساوياً لنصيبه أو لا يعلم قدر نصيبه من الدراهم فسد الصلح ط.

قال في البحر: ولو صالحوه عن النقدين وغيرهما بأحد النقدين لا يصح الصلح ما لم يعلم أن ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس إن كانوا متصادقين، وإن أنكر وراثته جاز مطلقاً بشرط التقابض فيما يقابل النقد منه، وإن لم يعلم قدر نصيبه من ذلك الجنس فالصحيح أن الشك إن كان في وجود ذلك في التركة جاز الصلح، وإن علم وجود ذلك في التركة لكن لا يدري أن بدل الصلح من حصتها أقل أو أكثر أو مثله فسد. كذا في فتاوى قاضيخان ا هـ.

وفي المقدسي قال الحاكم: إنما يبطل حال التصادق، وفي التناكر يجوز لا يكون[١] حينئذ بدلاً في حق الآخذ ولا حق الدافع.

وفي الغاية: قال شيخ الإسلام الصحيح أنه باطل في الوجهين، لأنه يكون معاوضة في حق المدعي فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذي قلنا، وإن زاد صح فيكون قدر حقه به والباقي بحقه في باقي التركة. قوله: **(تحرزاً عن الربا)** قال في الدرر ليكون حصته بمثله والزيادة بمقابلة حقه من بقية التركة صوناً عن الربا، فلا بد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب أو الفضة لأنه صرف في هذا القدر اهـ. قوله: **(ولا بد من حضور النقدين عند الصلح)** لم يذكر هذا في الشرنبلالية، ولا وجه لاشتراطه، وإن أراد به حضور البدل إذا كان منهما فقد أفاده بقوله سابقاً: لكن بشرط التقابض فيما هو صرف ط. إلا أن يقال: أراد بالحضور الحكمي بأن يحضرهما قبل الافتراق لأن الشرط التقابض في المجلس، أو يكون ما يراد أن يعطى للمدفوع له تحت يده لا بطريق الأمانة. قوله: **(قوله وعلمه بقدر نصيبه)** أي ليعلم أن ما أخذه أزيد من نصيبه من ذلك الجنس تحرزاً عن الربا.

قال أبو السعود: وإنما اشترط العلم بقدر نصيبه لاحتمال الربا، لأن الفساد على تقدير كونه مساوياً له أو أقل فكان أرجح وأولى بالاعتبار، بخلاف الصحة فإنها من جانب

---

(١) في ط (قوله لا يكون الخ) هكذا بالأصل، وعبارة والده رحمه الله تعالى في حاشية الدرر، وقال الحاكم الشهيد: إنما يبطل على أقل من نصيبه في حال الربا حالة التصادق. وأما في حالة التناكر بأن أنكروا وراثته فيجوز. ومع ذلك أي في حالة التناكر ما يأخذه لا يكون بدلاً في حق الآخذ ولا في حق الدافع وهي واضحة، بل سيأتي له في الصفحة بعد هاته عبارة الحاكم تامة

ولو بعرض جاز مطلقاً لعدم الربا وكذا لو أنكروا إرثه لأنه حينئذ ليس ببدل

واحد، وهو ما إذا كان المأخوذ أكثر من نصيبه فكانت العبرة لجانب الفساد لكونه من وجهين انتهى.

كتاب الوكالة / باب الوكالة بالخصومة والقبض واعلم أن صحة الصلح على الوجه المذكور ثبتت بالأثر، وهو أن تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف صالحها ورثته عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار، وقيل على ثلاثة وثمانين ألفاً بمحضر من الصحابة وروى أن ذلك كان نصف حقها. زيلعي. وتماضر بنت أصبغ بن عمرو الكلبي التي طلقها عبد الرحمن في مرض موته ثلاثاً ثم مات وهي في العدة فورثها عثمان وكانت مع ثلاث نسوة أخر فصالحوها عن ربع ثمنها على ثلاثة وثمانين ألفاً، في رواية هي دراهم، وفي رواية هي دنانير. ابن كمال باشا.

وتماضر بضم المثناة الفوقية وكسر الضاد المعجمة: قدم بها المدينة فولدت أبا سلمة في سريته إلى دومة الجندل في شعبان سنة ست كما في المواهب. قال: والضمير في سريته لعبد الرحمن بن عوف. ودومة بضم الدال وفتحها. مدينة بينها وبين دمشق نحو عشر مراحل، وبعدها من المدينة نحو ثلاث عشرة مرحلة؛ سميت بدوما بن إسماعيل؛ لأنه كان نزلها عليه السلام. أصبغ هذا من المخضرمين وأدرك الجاهلية والإسلام ولم يجتمع به عليه السلام، أسلم على يد سيدنا عبد الرحمن بن عوف. وقوله روي أن ذلك كان نصف حقها فعلى كون بدل الصلح كان ثمانين ألفاً وأنه نصف حقها يكون جميع ماله المتروك رضي الله عنه خمسة آلاف ألف ألف ومائة وعشرين ألفاً ويكون ثمنه ستمائة ألف وأربعين ألفاً وربع الثمن مائة ألف وستون ألفاً ونصف ربع الثمن ثمانون ألفاً. قوله: (ولو بعرض) يعني لو كان بدل الصلح عرضاً في الصور كلها جاز مطلقاً وإن قل ولم يقبض في المجلس، وظاهره يعم ما لو كان العرض من التركة إذ حقه ليس في جميعه فيكون مبادلاً عن نصيبه في بقية التركة بما زاد عن حقه فيه. قوله: (وكذا لو أنكروا إرثه) أي فإنه يجوز مطلقاً. قال في الشرنبلالية: وقال الحاكم الشهيد: إنما يبطل على أقل من نصيبه في مال الربا حالة التصادق، وأما في حالة التناكر بأن أنكروا وراثته فيجوز، ووجه ذلك إن في حال التكاذب ما يأخذه ليكون بدلاً في حق الآخذ ولا في حق الدافع. هكذا ذكره المرغيناني ولا بد من التقابض فيما يقابل الذهب والفضة منه لكونه صرفاً، ولو كان بدل الصلح عرضاً في الصور كلها جاز مطلقاً وإن قل ولم يقبض في المجلس اهـ.

أقول: المكن في قوله لا يكون بدلاً لا في حق الآخذ فيه أنه بدل في زعمه، وعليه فينبغي أن لا يحل له الأخذ ما لم يعلم مقدار حقه من ذلك الجنس؛ لأنه إذا لم يعلم قدر

بل لقطع المنازعة (وبطل الصلح إن أخرج أحد الورثة وفي التركة ديون بشرط أن تكون الديون لبقيتهم) لأن تمليك الدين

نصيبه من ذلك الجنس لا يصح، لأن فيه شبهة الربا وهي محرمة، وإن شك في وجود ذلك الجنس في التركة صح، لأنه حينئذ يكون شبهة الشبهة وهي لا تحرم. قوله: (بل لقطع المنازعة) هذا في حق المدعى عليه، أما في حق المدعي فأخذ لبعض حقه وإسقاط للباقي لأنهم بجحودهم حقه صاروا غاصبين وصار المال مضموناً عليهم في ذمتهم من قبيل الدين، وقد علم حكم الصلح عن الدين بجنسه، بخلاف ما إذا أقروا بذلك فإن المال حينئذ عين وإن كان من النقدين، ولا يصح عن الإسقاط في الأعيان فلذلك تعين أن يكون صرفاً، لكن قد يقال فيه: إن المال القائم إذا صار مضموناً لا ينتقل للذمة، وعليه فلا فرق بين الصورة المذكورة وما بعدها، في أن بكل منها إسقاط العين وهو لا يجوز، وإنما جوزوا الصورة الأولى باعتبار أن ما يأخذه بدلاً لا في حق الآخذ ولا في حق الدافع. تأمل. قوله: (وبطل الصلح الخ) أي في الكل عند الكل على الأصح، وقيل عندهما يبقى العقد صحيحاً فيما وراء الدين ط. قال العلامة أبو السعود: هذا ليس على إطلاقه لما سبق عن الزيلعي من أنه ينبغي أن يجوز عندهما في غير الدين إذا بينت حصته، وأنه يشكل إن كان هو قول الكل لا خلاف لهما، لأن قياس مذهبهما في الجمع بين الحر والعبد والشاة الذكية والميتة حيث جوّز العقد في العبد والذكية إذا بين ثمن كل منهما أن يجوز الصلح عندهما في غير الدين إذا بينت حصته النهم إلا أن يحمل هذا على ما إذا لم يبين ما يقابل كل واحد منهما أو يفرق عندهما بين البيع والصلح، والظاهر أنه لم يرد نص في الصلح عنهما، ولهذا ذكره الزيلعي بلفظ ينبغي قياساً على البيع، وكذا قول الشارح. قيل هذا قول أبي حنيفة، وقيل هو قول الكل ظاهر في عدم ورود نص عنهما، فلهذا اختلف المشايخ فيه انتهى. قوله. (وفي التركة ديون) أي على الناس لقرينة ما يأتي، وكذا لو كان الدين على الميت.

قال في البزازية: وذكر شمس الإسلام أن التخارج لا يصح إن كان على الميت دين: أي يطلبه رب الدين، لأن حكم الشرع أن يكون الدين على جميع الورثة اهـ. قوله: (بشرط) متعلق بأخرج. قوله: (لأن تمليك الدين الخ) وهو هنا حصة المصالح.

قال في الدرر: لأنه يصير مملكاً حصته من الدين لسائر الورثة بما يأخذ منهم من العين وتمليك الدين من غير من عليه الدين باطل وإن كان بعوض، وإذا بطل في حصة الدين بطل في الكل اهـ. فقول الدرر لأنه: أي المصالح عن الدين والعين بعم العرض والعقار والمكيل والموزون الحاضر وغير من عليه الدين هنا بقية الورثة، وقوله: بطل في الكل لأن العقد الواحد إذا فسد في بعض المعقود عليه فسد في الكل وهو قول أبي حنيفة

من غير من عليه الدين باطل.

ثم ذكر لصحته حيلاً فقال (وصح لو شرطوا إبراء الغرماء منه) أي من حصته لأنه تمليك الدين ممن عليه فيسقط قدر نصيبه عن الغرماء (أو قضوا نصيب المصالح منه) أي الدين (تبرعاً) (منهم وأحالهم بحصته أو أقرضوه قدر حصته

والدليل له في مسألة البيوع[1]. وعندهما: يبقى العقد صحيحاً فيما وراء الدين. وقيل هو قول الكل كما في الكافي وغيره كما قدمناه عنه قريباً.

أقول: وينبغي أن يحمل اختلاف القولين بين المشايخ على إطلاقه. بل اللائق كون البطلان قول الكل بما لم يبين حصة الدين في البدل، وأما إذا بين فيصح الصلح عندهما فيما وراء الدين بحصته، إذ لا موجب للبطلان حينئذ فيه عندهما. تدبر. وأشار إلى ذلك ابن ملك. قوله: (من غير من عليه الدين) وهو الورثة هنا. قوله: (باطل) لما ذكر من أنه يصير مملكاً حصته من الدين إلى آخر ما قدمناه عن الدرر. أي ثم يتعدى البطلان إلى الكل لأن الصفقة واحدة سواء بين حصة الدين أو لم يبين.

وأقول: هذا إذا لم يسلطهم ولم يوكلهم في مقدار نصيبه من الدين، وأما في تسليطهم فينبغي أن يصح الصلح كما قيل. قوله: (وصح لو شرطوا إبراء الغرماء) أي إبراء المصالح للغرماء، والظاهر أن هذه الحيل لخروجه عن كل التركة، ولذا قال في السراج والمنح: وفي الوجهين ضرر بقية الورثة فلا يصح قول الشارح وأحالهم بحصته، لأنها سقطت عن الغرماء كما صرح به البزازي أيضاً، وسنبينه قريباً في المقولة الآتية إن شاء الله تعالى، ولم يذكر حيلة مع أنها أحسن مع أنها أحسن مما ذكر وكنت أقتصر عليها. ورأيتها في القهستاني: وهي أن يأمرهم بقبضه له ثم لهم. لكن له أن يرجع. فالوجه الآتي أولى.

فرع ادعت امرأة ميراثها فصولحت على أقل من حظها أو مهرها صح ولا يطيب لهم إن علموا، فإن برهنت بعد ذلك بطل الصلح. هـ. وسيأتي في المتن أنه الأشهر أو أنه محمول على قول المتن السابق صولح على بعض ما يدعيه الخ، وإلا فهو بعيد عن القواعد إلا أن يحمل على الديانة، لكنه بعيد أيضاً لا سيما وقد صولحت إحدى زوجات سيدنا عبد الرحمن بن عوف على أقل من حظها بكثير بحضور جمع من الصحابة رضي الله تعالى عنهم أجمعين كما قدمناه قريباً فلا تنسه. قوله: (منه) أي من الدين ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فحينئذ يصح الصلح لأنه حينئذ تمليك الدين الخ، أو لأنه إسقاط. قوله: (وأحالهم بحصته) لا محل لهذه الجملة هنا وهي موجودة في شرح الوقاية لابن

---

(١) في ط: (قوله والدليل له في مسألة البيوع) وهي ما إذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة وبين حصة كل واحد منهما من الثمن يبطل في حق الكل عنده، وعندهما: صح في العبد، لأن الصفقة لا تتعدد بتفصيل الثمن، بل لا بد من تكرر لفظ العقد عنده خلافاً لهما.

منه وصالحوه عن غيره) بما يصلح بدلاً (وأحالهم بالقرض على الغرماء) وقبلوا الحوالة، وهذه أحسن الحيل. ابن كمال. والأوجه أن يبيعوه كفاً من تمر أو نحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرماء. ابن ملك.

(وفي صحة صلح عن تركة مجهولة) أعيانها ولا دين فيها (على مكيل أو موزون) متعلق بصلح (اختلاف) والصحيح الصحة زيلعي لعدم اعتبار شبهة الشبهة. وقال ابن الكمال: إن في التركة جنس بدل الصلح

ملك، وهي سبق قلم إذ لم يبق له حصة بعد ما قضوه، ولهذا قال في المنح: ولا يخفى ما فيه من ضرر بقية الورثة: أي لأنه لم يستفيدوا من نصيبه في الدين شيئاً اهـ. وضاع عليهم ما قضوه من الدين عن الغرماء. وفي بعض النسخ أو أحالهم. قال ط: ذكره رداً على صاحب الدرر وتبعه المصنف حيث قالا: ولا يخفى ما فيه: أي هذا الوجه من الضرر بقية الورثة، ولكنه لا يندفع لأنه يرجع عليهم بما أحالهم به فيكون الضرر عليهم مرتين اهـ.

أقول: في قوله فيكون الضرر الخ يأتي بيانه قريباً عن الإتقاني. قوله: (منه) أي من الدين. قوله: (عن غيره) أي عما سوى الدين. قوله: (بالقرض) أي ببدله الذي أخذه منهم. قوله: (وقبلوا) أي الغرماء والمصالحون؛ لأن الشرط قبول المحال عليه والمحتال. قوله: (وهذه أحسن الحيل) لأن في الأولى ضرراً للورثة حيث لا يمكنهم الرجوع إلى الغرماء بقدر نصيب المصالح، وكذا في الثانية لأن النقد خير من النسيئة. إتقاني. قوله: (والأوجه الخ) لأن في الأخيرة لا يخلو عن ضرر وهو تأخير وصولهم قدر حصته مع أنه ليس لهم نفع في هذا القدر وهو خلاف وضع الصلح غالباً. قوله: (ثم يحيلهم على الغرماء) أو يحيلهم ابتداء من غير بيع ليقبضوه له ثم يأخذوه لأنفسهم. قوله: (ولا دين فيها) أما إذا كان فيها دين فلا يصح الصلح لما تقدم. قوله: (اختلاف) فقال الفقيه أبو جعفر بالصحة وهو الصحيح. وقال ظهير الدين المرغيناني: لا يصح. قوله: (لعدم اعتبار شبهة الشبهة) لأن عدم الصحة باحتمال أن يكون في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون رباء، وقيل يصح لاحتمال أن لا يكون في التركة مكيل أو موزون، وإن كان فيحتمل أن يكون نصيبه أقل من بدل الصلح فكان القول بعدم الجواز مؤدياً إلى اعتبار شبهة الشبهة ولا عبرة بها اهـ. وإنما العبرة للشبهة.

وفي فتاوى قاضيخان: والصحيح ما قاله أبو جعفر من أنه يجوز هذا الصلح؛ لأن الثابت هنا شبهة الشبهة وذلك لا يعتبر اهـ. لأنه يحتمل أن يكون في التركة من جنس بدل الصلح على تقدير أن يكون زائداً على بدل الصلح، فاحتمال الاحتمال يكون شبهة الشبهة. قوله: (جنس بدل الصلح) تركيب إضافي بإضافة جنس إلى بدل الصلح. قوله:

لم يجز وإلا جاز، وإن لم يدر فعلى الاختلاف.

(ولو) التركة **(مجهولة وهي غير مكيل أو موزون في يد البقية)** من الورثة **(صح في الأصح)** لأنها لا تفضي إلى المنازعة لقيامها في يدهم، حتى لو كانت في يد المصالح أو بعضها لم يجز ما لم يعلم جميع ما في يده للحاجة إلى التسليم.

(لم يجز) أي حتى يكون ما يأخذه أزيد من حصته من ذلك الجنس ليكون الزائد في مقابلة ما يخصه من غير الجنس، ويشترط القبض لأنه بمنزلة البيع وبيع ما جمعهما قدر وجنس أو أحدهما لا يجوز نسيئة، كذا تقتضيه القواعد. والمراد أنه لا يجوز اتفاقاً كما أن الثاني يجوز اتفاقاً. قوله: **(وإلا)** أي بأن لا يكن في التركة جنس بدل الصلح، وهذا التفصيل غير ما نحن فيه. قوله: **(وإن لم يدر فعلى الخلاف)** هي مسألة المتن ويدري بالبناء للمجهول. قوله: **(وهي غير مكيل أو موزون)** كذا وقع في الغرر، ولا وجه للتقييد به إلا إذا كان المصالح عليه مكيلاً أو موزوناً. أما إذا كان غيرهما فلا يظهر لهذا التقييد وجه؛ وقد نقل المصنف هذه المسألة عن الزيلعي، وعبارة الزيلعي خالية عن هذا التقييد. ونصها: وهذا يدل على أن الصلح مع جهالة التركة يجوز، وقيل لا يجوز لأنه بيع وبيع المجهول لا يجوز، والأول أصح لأن الجهالة هنا لا تفضي إلى المنازعة لأنها في يد بقية الورثة فلا يحتاج فيها إلى التسليم، حتى لو كانت في يد المصالح أو بعضها لا يجوز حتى يصير جميع ما في يده معلوماً للحاجة إلى التسليم ط.

أقول: وكذا يشترط أن لا يكون فيها دين ووقع الصلح على مكيل وموزون كما في الإتقاني. قوله: **(صح في الأصح)** وقيل لا يجوز لأنه بيع المجهول، لأن المصالح باع نصيبه من التركة وهو مجهول بما أخذ من المكيل والموزون. إتقاني. قوله: **(لأنها)** أي جهالة التركة المصالح عنها. قوله: **(لا تفضي إلى المنازعة لقيامها في يدهم)** يعني أن العلة في عدم جواز البيع إذا كان البيع مجهولاً لإفضائه إلى المنازعة، وهذا لا يفضي إليها لأن المصالح عنه في يد بقية الورثة فلا يحتاج فيه إلى التسليم ولا يطلبون شيئاً آخر من المصالح بمقابلة بدل الصلح. كذا في العزمية. كمن أقر بغصب شيء فباعه المقر له منه جاز وإن جهلا قدره، وقيل لا يصح لأن المصالح باع نصيبه من التركة وهو مجهول بما أخذه من المكيل والموزون ومن جهالة البيع لا يصح كما في شرح المجمع.

قلت: واستفيد منه أن ما يحتاج لتسليمه تلزم معرفته، وما لا فلا. در منتقى.

أقول: واستفيد أن نفس الجهالة غير مانعة لجواز البيع، بل الجهالة المفضية إلى المنازعة مانعة، ألا ترى أنه لو باع قفيزاً من صبرة يجوز البيع مع الجهالة، وكذلك لو باع المغصوب كما ذكرنا. قوله: **(ما لم يعلم جميع ما في يده)** أي لا يجوز حتى يصير جميع ما في يده معلوماً للحاجة إلى التسليم كما ذكرنا عن الإتقاني، بخلاف ما إذا كانت في أيدي

ابن ملك (**وبطل الصلح والقسمة مع إحاطة الدين بالتركة**) إلا أن يضمن الوارث الدين بلا رجوع أو يضمن أجنبي بشرط براءة الميت أو يوفى من مال آخر (**ولا ينبغي أن** (**يصالح**) **ولا يقسم** (**قبل القضاء**) للدين (**في غير دين محيط**، ولو فعل

بقية الورثة فإنه يجوز مع الجهالة لأنه يحتاج فيها إلى التسليم كما مر ويأتي. قوله: (**ابن ملك**) لم يذكر هذا القيد أصلاً.

خاتمة التهايؤ: أي تناوب الشريكين في دابتين غلة أو ركوباً يختص جوازه بالصلح عند أبي حنيفة لا الجبر. وجائز في دابة غلة أو ركوباً بالصلح فاسد في غلتي عبدين عنده ولو جبراً. درر البحار.

وفي شرحه غرر الأفكار: ثم اعلم أن التهايؤ جبراً في غلة عبد أو دابة لا يجوز اتفاقاً للتفاوت، وفي خدمة عبد أو عبدين جاز اتفاقاً لعدم التفاوت ظاهراً أو لقلته، وفي غلة دار أو دارين أو سكنى دار أو دارين اتفاقاً لإمكان المعادلة، لأن التغيير لا يميل إلى العقار ظاهراً وأن التهايؤ صلحاً جائز في جميع الصور كما جوز أبو حنيفة أيضاً قسمة الرقيق صلحاً اهـ. قوله: (**وبطل الصلح**) أي مع أحد الورثة ليخرجوه عنها، فلو قسموا التركة بين الورثة ثم ظهر دين محيط قيل للورثة اقضوه، فإن قضوه صحت القسمة، وإلا فسخت لأن الدين مقدم على الإرث فيمنع وقوع الملك لهم، إلا إذا قضوا الدين أو أبرأ الغرماء ذممهم فحينئذ تصح القسمة لزوال المانع، فكذا إذا لم يكن محيطاً لتعلق حق الغرماء بها إلا إذا بقي في التركة ما يفي بالدين فحينئذ لا تفسخ لعدم الاحتياج. كذا في قسمة الدرر. قوله: (**والقسمة**) أي قسمة التركة بين الورثة لأنهم لا يملكون التركة حينئذ لتقدم حاجته فللغريم إبطالها، ولو أجاز قبل أن يصل إليه حقه.

وفي الظهيرية: ولو لم يضمن الوارث ولكن عزلوا عيناً لدين الميت فيه وفاء بالدين ثم صالحوا في الباقي على نحو ما قلنا جاز اهـ. قال العلامة المقدسي: فلو هلك المعزول لا بد من نقض القسمة. قوله: (**بلا رجوع**) أما لو كان برجوع كانت التركة مشغولة.

قال في التبيين: ولو ضمن رجل بشرط أن لا يرجع في التركة جاز الصلح، لأن هذا كفالة بشرط براءة الأصيل وهو الميت فتصير حوالة، فيخلو مال الميت عن الدين فيجوز تصرفهم فيه اهـ. قوله: (**بشرط براءة الميت**) تبع فيه المصنف، وقد علم من عبارة الزيلعي أن المدار على اشتراط عدم الرجوع في التركة وقد بين وجهه ط. قوله: (**يوفى**) بالبناء للمجهول بضم ففتح فتشديد. قوله: (**من مال آخر**) الأولى تقديمه على أو يضمن أجنبي، فإن الضمير فيه يرجع إلى الوارث إذا لم يبن للمجهول لفظ يوفي، وسواء وفى الوارث من ماله الخاص به أو من عين أخرى ظهرت للميت. قوله: (**ولا ينبغي أن يصالح**) أي بل يكره، وهل هي تنزيهية أو تحريمية حرره ط.

الصلح) والقسمة **(صح)** لأن التركة لا تخلو عن قليل دين، فلو وقف الكل تضرر الورثة فيوقف قدر الدين استحساناً. وقاية.

لئلا يحتاجوا إلى نقض القسمة. بحر.

(ولو أخرجوا واحداً) من الورثة فحصته تقسم بين الباقي على السواء

أقول: معنى لا ينبغي خلاف الأولى، وخلاف الأولى مكروه تنزيهاً. قال في البحر: لا ينبغي الأولى أن لا يفعلوا ذلك حتى يقضوا الدين اهـ. قوله: **(استحساناً)** والقياس أن لا يجوز، لأن كل جزء من أجزاء التركة مشغول بالدين لعدم الأولوية بالصرف إلى جزء دون جزء فصار كالمستغرق فيمنع من دخوله في ملك الورثة.

ووجه الاستحسان ما ذكره من التعليل بقوله لأن التركة لا تخلو عن قليل دين الخ. والأولى تقديم قوله «استحساناً» عند قوله «صح» لأن التركة الخ لأنه يوهم خلاف المراد، وما هنا موافق لما في الزيلعي مخالف لما في مسكين والعيني، فإن عبارة مسكين: ولو على الميت دين محيط: أي مستغرق جميع التركة بأن لا يبقى شيء بعد أدائه بطل الصلح والقسمة، وإن لم يكن مستغرقاً لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يعطوا دينه. ولو فعلوا قالوا يجوز الصلح. وذكر الكرخي رحمه الله تعالى في القسمة أنها لا تجوز استحساناً وتجوز قياساً اهـ. وعبارة الزيلعي: وإن لم يكن مستغرقاً جاز استحساناً، والقياس أن لا يجوز الخ. قوله: **(لئلا يحتاجوا)** علة لقوله «فيوقف» قال صدر الشريعة: ولو صالح فالمشايخ قالوا صح، لأن التركة لا تخلو عن قليل دين والدائن قد يكون غائباً. فلو جعلت التركة موقوفة لتضرر الورثة والدائن لا يتضرر، لأن على الورثة قضاء دينه ووقف قدر الدين وقسم الباقي استحساناً ووقف الكل قياس الخ. قوله: **(على السواء)** أفاد أن أحد الورثة إذا صالح البعض دون الباقي يصح وتكون حصته له فقط. وكذا لو صالح الموصى له كما في الأنقروي.

مسألة في رجل مات عن زوجة وبنت وثلاثة أبناء عم عصبة وخلف تركة اقتسموها بينهم ثم ادعت الورثة على الزوجة بأن الدار التي في يدها ملك مورثهم المتوفى فأنكرت دعواهم فدفعت لهم قدراً من الدراهم صلحاً عن إنكار، فهل يوزع بدل الصلح عليهم على قدر مواريثهم أو على قدر رؤوسهم؟ الجواب قال في البحر: وحكمه في جانب المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدعي سواء كان المدعى عليه مقراً أو منكراً، وفي المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدعى عليه اهـ. ومثله في المنح.

وفي مجموع النوازل: سئل عن الصلح على الإنكار بعد دعوى فاسدة هل يصح؟ قال: لا لأن تصحيح الصلح على الإنكار من جانب المدعي أن يجعل ما أخذ عين حقه أو عوضاً عنه لا بد أن يكون ثابتاً في حقه ليمكن تصحيح الصلح من الفتاوى، فمقتضى

إن كان ما أعطوه من مالهم غير الميراث وإن كان المعطى (مما ورثوه فعلى قدر ميراثهم) يقسم بينهم، وقيده الخصاف بكونه عن إنكار، فلو عن إقرار فعلى السواء، وصلح أحدهم عن بعض الأعيان صحيح ولو لم يذكر في صك التخارج

قوله وقوع الملك فيه للمدعي وقوله أن يجعل عين حقه أو عوضاً عنه أن يكون على قدر مواريثهم. سيدي الوالد رحمه الله تعالى عن مجموعة منلا علي التركماني أمين الفتوى بدمشق الشام. قوله: (إن كان ما أعطوه من مالهم) أي وقد استووا فيه، ولا يظهر عند التفاوت ط. قوله: (فعلى قدر ميراثهم) قال في السراجية وشرحها: من صالح عن شيء من التركة فاطرح سهامه من التصحيح ثم اقسم باقي التركة على سهام الباقين كزوج وأم وعم فصالح الزوج عن نصيبه على ما في ذمته من المهر وخرج من البين فيقسم باقي التركة بين الأم والعم أثلاثاً بقدر سهامهما سهمان للأم وسهم للعم.

فإن قلت: هلا جعلت الزوج بعد المصالحة وخروجه من البين بمنزلة المعدوم، وأي فائدة في جعله داخلاً في تصحيح المسألة مع أنه لا يأخذ شيئاً وراء ما أخذه.

قلت: فائدته أنا لو جعلناه كأن لم يكن وجعلنا التركة ما وراء المهر لانقلب فرض الأم من ثلث أصل المال إلى ثلث الباقي، إذ حينئذ يقسم الباقي بينهما أثلاثاً فيكون للأم سهم وللعم سهمان وهو خلاف الإجماع، إذ حقها ثلث الأصل، وإذا أدخلنا الزوج في المسألة كان للأم سهمان من الستة وللعم سهم واحد ويقسم الباقي بينهما على هذه الطريقة، فتكون مستوفية حقها من الميراث اهـ ملخصاً ط. وسيأتي آخر كتاب الفرائض بيان قسمة التركة مفصلاً. قوله: (وقيده الخصاف) أي قيد جريان هذا التفصيل بما إذا كان الورثة منكرين. قوله: (فعلى السواء) أي مطلقاً منح سواء كان الدفع من التركة أو من غيرها لأنه بمنزلة البيع فكأنهم اشتروه جميعاً، ولا يظهر التساوي إلا إذا كان المدفوع متساوياً بينهم، وعليه فينبغي أن يرجع الأكثر حصة في التركة على الأقل حصة بقدر ما دفع من ماله عنه فليتأمل.

قال الشرنبلالي في شرح الوهبانية: والوجه أنهما في الإقرار يكونان مشتريين فيتنصف، وفي الإنكار مدعيين العين للتركة فيكون على قدر الأنصباء، واختاره البعض. قوله: (عن بعض الأعيان) أشار به إلى أنه كما يصح الصلح معه عن كل أعيانها يصح عن بعضها اعتباراً للجزء بالكل.

وفي المجتبى: ادعى مالاً: أي معلوماً أو غيره فجاء رجل واشترى ذلك من المدعي يجوز الشراء في حق المدعي ويقوم مقامه في الدعوى، فإن استحق شيئاً كان له، وإلا فلا، فإن جحد المطلوب ولا بينة فله أن يرجع اهـ. حموي. ومثله في البحر. قال سيدي الوالد رحمه الله تعالى: وتأمل في وجهه.

أي التركة دين أم لا فالصك صحيح وكذا لو لم يذكره في الفتوى فيفتي بالصحة ويحمل على وجود شرائطها. مجمع الفتاوى.

(وللموصى له) بمبلغ من التركة (كوارث فيهما لمعناه) من مسألة التخارج (صالحوا) أي الورثة (أحدهم) وخرج من بينهم (ثم ظهر للميت دين أو عين لم

ففي البزازية من أول كتاب الهبة: وبيع الدين لا يجوز، ولو باع من المديون أو وهبه جاز اهـ.

أقول: لم يظهر لي وجهه مع تصريحهم بعدم صحة بيع الدين لغير من عليه الدين فهو غير صحيح فيما يظهر وفوق كل ذي علم عليم. قوله: (أي التركة دين) هكذا في بعض النسخ، وفي بعضها «أن» بدل «أي» وعليها فيلزم نصب دين وعليها كتب ط. والمراد أن الصك صحيح: يعني إذا أقر بما فيه عمل به وليس له نقضه إلا بمسوغ. قوله: (وكذا لو لم يذكره في الفتوى) أي في السؤال الذي رفع ليكتب عليه أو يجاب عنه: أي فلا يجب على المفتي البحث ط. قوله: (والموصى له بمبلغ من التركة كوارث) صورتها: رجل أوصى لرجل بعبد أو دار فترك ابناً وابنة فصالح الابن والابنة الموصى له بالعبد على مائة درهم. قال أبو يوسف: إن كانت المائة من مالهما غير الميراث كان العبد بينهما نصفين، وإن صالحاه من المال الذي ورثاه عن أبيهما كان المال بينهما أثلاثاً لأن المائة كانت بينهما أثلاثاً.

وذكر الخصاف في الحيل أن الصلح إن كان عن إقرار كان العبد الموصى به بينهما نصفين، وإن كان عن إنكار فعلى قدر الميراث، وعلى هذا بعض المشايخ، وكذلك في الصلح عن الميراث، كذا في قاضيخان. قوله: (من مسألة التخارج) أي بتفاصيلها. قوله: (صالحوا الخ) أقول: قال في البزازية في الفصل السادس من الصلح: ولو ظهر في التركة عين بعد التخارج لا رواية في أنه هل يدخل تحت الصلح أم لا، ولقائل أن يقول يدخل، ولقائل أن يقول لا اهـ. ثم قال بعد نحو ورقتين: قال تاج الإسلام وبخط صدر الإسلام وجدته: صالح أحد الورثة وأبرأ إبراء عاماً ثم ظهر في التركة شيء لم يكن وقت الصلح لا رواية في جواز الدعوى. ولقائل أن يقول بجواز دعوى حصته منه وهو الأصح. ولقائل أن يقول لا.

وفي المحيط: لو أبرأ أحد الورثة الباقي ثم ادعى التركة وأنكروا لا تسمع دعواه، وإن أقروا بالتركة أمروا بالرد عليه اهـ. كلام البزازية ثم قال بعد أسطر: صالحت: أي الزوجة عن الثمن ثم ظهر دين أو عين لم يكن معلوماً للورثة، قيل لا يكون داخلاً في الصلح ويقسم بين الورثة لأنهم إذا لم يعلموا كان صلحهم عن المعلوم الظاهر عندهم لا عن المجهول فيكون كالمستثنى من الصلح فلا يبطل الصلح. وقيل يكون داخلاً في الصلح

يعلموها هل يكون ذلك داخلاً في الصلح) المذكور **(قولان أشهرهما لا)** بل بين الكل، والقولان حكاهما في الخانية مقدماً لعدم الدخول، وقد ذكر في أول فتاواه أنه يقدم ما هو الأشهر فكان هو المعتمد. كذا في البحر.

قلت: وفي البزازية أنه الأصح ولا يبطل الصلح، وفي الوهبانية: **[الطويل]**

وفي مال طفل بالشهود فلم يجز ... وما يدعي خصم ولا يتنور

لأنه وقع عن التركة والتركة اسم للكل، فإذا ظهر دين فسد الصلح ويجعل كأنه كان ظاهراً عند الصلح اهـ.

والحاصل من مجموع كلامه المذكور: أنه لو ظهر بعد الصلح في التركة عين هل تدخل في الصلح فلا تسمع الدعوى بها أم لا تدخل فتسمع الدعوى؟ قولان، وكذا لو صدر بعد الصلح إبراء عام ثم ظهر للمصالح عين هل تسمع دعواه فيه قولان أيضاً. والأصح السماع بناء على القول بعدم دخولها تحت الصلح فيكون هذا تصحيحاً للقول بعدم الدخول، وهذا إذا اعترف بقية الورثة بأن العين من التركة وإلا فلا تسمع دعواه بعد الإبراء كما أفاده ما نقله عن المحيط، وإنما قيد بالعين لأنه لو ظهر بعد الصلح في التركة دين فعلى القول بعدم دخوله في الصلح يصح الصلح ويقسم الدين بين الكل. وأما على القول بالدخول فالصلح فاسد كما لو كان الدين ظاهراً وقت الصلح إلا أن يكون مخرجاً من الصلح بأن وقع التصريح بالصلح عن غير الدين من أعيان التركة. وهذا أيضاً ذكره في البزازية حيث قال: ثم ما ظهر بعد التخارج على قول من قال من أنه لا يدخل تحت الصلح، لا خفاء، ومن قال يدخل تحته فكذلك. إن كان عيناً لا يوجب فساده، وإن ديناً إن مخرجاً من الصلح لا يفسد وإلا يفسد اهـ. قوله: **(أشهرهما لا)** ومقابله: فإن كان الذي ظهر ديناً فسد الصلح كأنه وجد في الابتداء فيكون هو وغيره بين الكل، وإن كان عيناً لا اهـ. منح. قوله: **(بل بين الكل)** أي بل يكون الذي ظهر بين الكل. قوله: **(قلت وفي البزازية الخ)** وفي الثامن والعشرين من جامع الفصولين أنه الأشبه. قوله: **(ولا يبطل الصلح)** أي لو ظهر في التركة عين، أما لو ظهر فيها دين فقد قال في البزازية: إن كان مخرجاً من الصلح لا يفسد، وإلا يفسد كما سمعته: أي إن كان الصلح وقع عن غير الدين لا يفسد، وإن وقع على جميع التركة فسد كما لو كان الدين ظاهراً وقت الصلح. قوله: **(وفي مال طفل)** أي والصلح في مال الطفل الثابت بالشهود لم يجز إذ لا مصلحة له، ومفهومه. أنه يجوز الصلح حيث لا بينة للطفل، والضمير في لم يجز إلى الصلح. قوله: **(وما يدعي)** عطف على مأخوذ من المقام: أي فلم يجز الصلح في مال الطفل الثابت بالشهود ولا فيما يدعي خصم ولا يتنور: أي لم يتنور دعواه ببينة.

وَصَحَّ عَلَى الإِبْرَاءِ مِنْ كُلِّ عَائِبٍ ... وَلَوْ زَالَ عَيْبٌ عَنْهُ صَالِحَ يُهْدَرُ
وَمَنْ قَالَ إِنْ تَحْلِفْ فَتَبْرَأْ فَلَمْ يَجُزْ ... وَلَوْ مُدَّعٍ كَالأَجْنَبِيِّ يُصَوَّرُ

وحاصل المتن: إذا كان للطفل مال بشهود لم يجز الصلح فيه، ولم يجز مصالحة من يدعي شيئاً على الصغير بدون بينة بمال الصغير، لأن المدعي لم يستحق سوى الاستحلاف، ولا يستحلف الأب ولا الوصي ولا الصبي حال صغره، والأب لا يصح أن يفدي اليمين بمال الصغير، وإن تبرع الأب بماله صح كالأجنبي. وإذا كان للمدعي بينة يصح الصلح بمال الصغير بمثل القيمة وزيادة يتغابن فيها كالشراء. وهذه المسائل تجري في الأب والجد ووصيهما والقاضي ووصيه، وسواء كان الصلح في عقار أو عبد أو غيرهما في الكل أو البعض. وعليه فالصور أربع فيما إذا لم يكن للطفل بينة وحيث كان للخصم بينة، فهذه أربع صور. وأشار المصنف إلى أن الأربعة تجري مع الأب والجد والوصي من جهة الأب أو الجد، ومن جهة الوصي أو من جهة أحدهما أو القاضي أو وصي القاضي فيبلغ اثنين وثلاثين مسألة، وسواء كان الصلح في عقار أو عبد أو غيرهما فيبلغ ستة وتسعين، وسواء كان في الجميع أو البعض فيبلغ مائة واثنين وتسعين حكماً كل ذلك مما ذكره صاحب المبسوط.

قلت: بقي عليه وصي الأم في تركتها ووصيه والأخ. قال في المبسوط: وصلح وصي الأم والأخ مثل صلح وصي الأب في غير العقار، فيبلغ أضعاف ذلك كما في شرح الوهبانية لابن الشحنة، وتمامه فيه. قوله: (وصح على الإبراء عن كل عائب) الضمير في صح يعود إلى الصلح: يعني جاز الصلح عن البراءة من كل عيب، لأن الإبراء عن العيوب بلا بدل صحيح فكذلك معه، كما لو سمي عيباً معلوماً لأنه إسقاط الحق. ولو قال اشتريت منك العيوب بكذا لم يصح ط. وهذا البيت للعلامة عبد البر ذكره بعد أبيات بعد البيت الأول. قوله: (ولو زال عيب) أي لو صالحه على عيب في المبيع ودفع له بدلاً عن الصلح ثم زال العيب بطل الصلح ويسترد البدل ويسقط عنه إن لم يكن دفعه لعود السلامة، وكذا كل عيب زال كطلاق المشترئة، أو لم يوجد يرد بدله كمتم الحيل، وكما لو ظهر الدين على غير المصالح يرد بدله كما في الشرنبلالية. قوله: (ومن قال) أي لو ادعى عليه شيئاً فأنكر فقال له إن تحلف على عدم ثبوت هذا الحق عليك فأنت بريء منه لم تجز هذه البراءة لعدم جواز تعليقها بالشرط، فإن كان حلف عند غير القاضي له أن يحلفه عند القاضي، ولو أقام بينة قبلت، وإن عجز أعاد اليمين عليه. قوله: (ولو مدع) لو للوصل: أي لو قال للمدعي إن حلفت على ما تدعيه فهو لك فحلف لا يستحق المدعى. قوله: (كالأجنبي) خبر لمبتدأ محذوف: أي وما ذكر من المدعى عليه والمدعي كالأجنبي حال كونه يصور: أي لو قال له إن حلف فلان الأجنبي فلك ما تدعيه أو أنت بريء مما ادعى عليك فحلف الأجنبي لا يبرأ.

والحاصل، أنه اشتمل هذا البيت على ثلاث مسائل من قاضيخان.

الأولى: اصطلحا على أنه إن حلف المدعى عليه فهو بريء فحلف أن ماله عنده شيء فالصلح باطل.

الثانية: اصطلحا على أنه إن حلف المدعي على دعواه فالمدعى عليه يكون ضامناً لما يدعي فالصلح باطل، فلا يجب المال على المدعى عليه.

الثالثة: اصطلحا على أنه إن حلف فلان وهو غير الطالب فالمال على المدعى عليه كان باطلاً فلا يلزمه المال؛ وهي المفادة بقوله كالأجنبي؛ وهذه المسائل تقدمت في كتاب الدعوى.

خاتمة نسأل الله حسنها. في البحر عن مجموع النوازل: وقع بين امرأة وزوجها مشاجرة فتوسط المتوسطون بينهما للصلح فقالت لا أصالحه حتى يعطيني خمسين درهماً يحل لها ذلك؛ لأن لها عليه حقاً من المهر وغيره اهـ. قال الحموي نقلاً عن المقدسي: قلت: هذه دعوى لا دليل عليها فقد يكون لا شيء لها وتطلب ذلك اهـ.

وأقول: ما ذكره في مجموع النوازل من أنه يحل لها الأخذ مفروض فيما إذا وافقها الزوج بأن أعطاها ما طلبت بطريق الصلح، وحينئذ لا يتوقف الأخذ على أن يكون لها شيء عليه إذ ليس هو بأدنى مما سبق التصريح به من أن الصلح يجوز ولو عن إنكار؛ وقدمت عن الزيلعي التصريح بأنه يحل للمدعي أخذه لأنه في زعمه عوض عن حقه أو بدله وإن كان المدعى عليه يزعم أنه لا شيء عليه، ومع هذا حل له الدفع أيضاً لقطع النزاع عن نفسه. وحينئذ فقوله لأن لها عليه حقاً من المهر وغيره إنما ذكره تحسيناً للظن بها، لا لأنه شرط لجواز الصلح. أبو السعود.

وفي البحر عن الخلاصة: ولو استقرض من رجل دراهم بخارية ببخارى أو اشترى سلعة بدراهم بخارية ببخارى فالتقيا ببلدة لا يوجد بها البخارية، قالوا: يؤجل قدر المسافة ذاهباً وجائياً ويستوثق منه بكفيل.

وفيه عنها. إذا أقر الوصي أن عنده ألف درهم للصبي وللصبيين ابنان فصالح أحدهما من حقه على أربعمائة لم يجز، وإن كان استهلكها ثم صالحهما جاز اهـ. ولو صالح امرأته من نفقتها سنة على حيوان أو ثوب سمى جنسه جاز مؤجلاً وحالاً، بخلاف ما لو صالحها بعد الفرض أو بعد تراضيهما عن النفقة لا يجوز. كذا في محيط السرخسي.

ولو صالحته من أجر رضاع الصبي بعد البينونة كان جائزاً، ثم ليس لها أن تصالح بما ثبت لها من دراهم الأجر على طعام بعينه كذا في المبسوط.

رجل صالح امرأته المطلقة من نفقتها على دراهم معلومة على أن لا يزيدها عليها

. . . .

حتى تنقضي عدتها وعدتها بالأشهر جاز ذلك، وإن كان عدتها بالحيض لا يجوز لأن الحيض غير معلوم، قد تحيض ثلاث حيض في شهرين وقد لا تحيض عشرة أشهر. كذا في فتاوى قاضيخان.

لو صالحت مع زوجها من نفقتها ما دامت زوجة له على مال لا يجوز.

لو كانت امرأته مكاتبة أو أمة قد بوأها المولى بيتاً فصالحها على دراهم مسماة من النفقة والكسوة لكل سنة جاز ذلك، وكذلك لو صالح مولى الأمة، فلو لم يكن بوأها المولى بيتاً لم يجز هذا الصلح، وكذلك إن كانت المرأة صغيرة لا يستطيع الزوج أن يقربها فصالح أباها عن نفقتها لم يجز، وإن كانت كبيرة والزوج صغير فصالح أبوه عن النفقة وضمن جاز. وإذا صالح الفقير امرأته على نفقة كثيرة في الشهر لم يلزمه إلا نفقة مثلها. كذا في المبسوط.

لو صالح على نفقة المحارم ثم ادعى الإعسار صدق ويبطل الصلح. كذا في التاتارخانية.

إذا صالح الرجل بعض محارمه عن النفقة وهو فقير لم يجبر على إعطائه إن أقروا أنه محتاج، فإن لم يعرف حاله وادعى أنه فقير فالقول قوله، ويبطل عنه ما صالح عليه، إلا أن تقوم بينة أنه موسر فيقضي بالصلح عليه، ونفقة الولد الصغير كنفقة الزوجة من حيث إن اليسار ليس بشرط لوجوبها، فالصلح فيه يكون ماضياً، وإن كان الوالد محتاجاً، فإن كان صالح على أكثر من نفقتهم بما يتغابن الناس فيه أبطلت الفضل عنه، وكذلك الصلح في الكسوة للمحاجة، والمعتبر فيه الكفاية كالنفقة.

لو صالح امرأته من كسوتها على درع يهودي ولم يسم طوله وعرضه ورقعته جاز ذلك، وكذلك كسوة القرابة.

ولو صالح رجل أخاه وهو صحيح بالغ على دراهم مسماة لنفقته وكسوته كل شهر لم يجبر ذلك ولم يجبر عليه. كذا في المبسوط.

إن صالحت المبانة زوجها عن سكناها على دراهم لا يجوز. كذا في فتاوى قاضيخان.

إذا صالح امرأته من نفقتها وكسوتها لعشر سنين على وصيف وسط إلى شهر أو لم يجعل له أجلاً فهو جائز. كذا في المبسوط.

سئل الحسن بن علي عمن ادعى على آخر فساداً في البيع بعد قبض المبيع ولم يتهيأ له إقامة البينة فصولح بينهما عن دعوى الفساد على دنانير هل يصح الصلح؟ فقال لا. قيل: ولو وجد بينة بعد الصلح هل تسمع البينة؟ فقال نعم، كذا في التاتارخانية ناقلاً عن

اليتيمة. وفي حكم الرد بالعيب المصالح عليه كالبيع يرد بالعيب اليسير والفاحش ويرجع في الدعوى إن كان رده بحكم أو غير حكم. كذا في المبسوط.

لو وجد بما وقع عنه الصلح عيباً فلم يقدر على رده لأجل الهلاك أو لأجل الزيادة أو لأجل النقصان في يد المدعي فإنه يرجع على المدعى عليه بحصة العيب، فإن كان الصلح عن إقرار رجع بحصة العيب على المدعى عليه في المدعي، وإن كان عن إنكار رجع بحصة العيب على المدعى عليه في دعواه، فإن أقام البينة أو حلفه فنكل استحق حصة العيب منه، فإن حلفه فحلف فلا شيء عليه. كذا في السراج الوهاج.

لو اشترى جارية فولدت عند المشتري ثم وجدها عوراء وأقر البائع أنه دلسها له فصالحه على أن يردها وولدها وزيادة ثوب على أن يرد عليه الآخر الثمن فهو جائز، وكذلك هذا في نقض بيع الدار وزيادة بنائها. هكذا في المبسوط.

ادعى عيباً في جارية اشتراها وأنكر البائع فاصطلحا على مال على أن يبرئه المشتري البائع من ذلك العيب ثم ظهر أنه لم يكن بها عيب أو كان ولكنه قد زال فللبائع أن يسترد بدل الصلح. كذا في الفصول العمادية.

اشترى رجلان شيئاً فوجدا به عيباً فصالح أحدهما في حصته جاز، وليس للآخر أن يخاصم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وعندهما للآخر على خصومته، لأن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لو أبرأ أحدهما عن حصته بطل حق الآخر خلافاً لهما. كذا في محيط السرخسي.

إذا اشترى ثوبين كل واحد بعشرة دراهم وقبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً فصالح على أن يرده بالعيب على أن يزيد في ثمن الآخر درهماً فالرد جائز، وزيادة الدرهم باطلة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى. كذا في الحاوي.

لو قال لجارية أنت أمتي وقالت لا بل أنا حرة وصالحها من ذلك على مائة درهم فهو جائز، فإن أقامت البينة أنها كانت أمته أعتقها عام أول أو أنها حرة الأصل من الموالي أو من العرب حرة الأبوين رجعت بالمائة عليه، ولو أقامت البينة أنها كانت أمة لفلان فأعتقها عام أول لم أقبل ذلك منها ولم ترجع بالمائة. كذا في المبسوط.

إذا ادعى داراً في يد رجل وأنكر المدعى عليه فصالحه المدعي على دراهم ثم أقر المدعى عليه فأراد المدعي أن ينقض صلحه وقال إنما صالحتك لأجل إنكارك ليس له أن ينقض الصلح. كذا في المحيط.

لو ادعى في بيت رجل حقاً فصالحه المدعى عليه من ذلك على أن يبيت على سطحه

. . . .

...

منه ذكر في الكتاب أنه يجوز. وقال بعض المشايخ: هذا إذا كان السطح محجراً، فإن لم يكن محجراً لا يجوز الصلح، كما لا يجوز إجارة السطح. وقال بعضهم. يجوز الصلح على كل حال. كذا في الظهيرية.

اختصم رجلان في حائط فاصطلحا على أن يكون أصله لأحدهما وللآخر موضع جذوعه وأن يبني عليه حائطاً معلوماً ويحمل جذوعاً معلومة لا يجوز. كذا في محيط السرخسي.

إذا اختصم رجلان في حائط فاصطلحا على أن يهدماه وكان مخوفاً وأن يبنياه على أن لأحدهما ثلثه وللآخر ثلثيه والنفقة عليهما على قدر ذلك، وعلى أن يحملا عليه من الجذوع بقدر ذلك فهو جائز. كذا في الحاوي.

إذا وقع الصلح من دعوى الدار على دراهم وافترقا قبل قبض بدل الصلح لا ينتقض الصلح. كذا في المحيط.

إذا كان لإنسان نخلة في ملكه تخرج سعفها إلى دار جاره فأراد الجار قطع السعف فصالحه رب النخلة على دراهم مسماة على أن يترك النخلة فإن ذلك لا يجوز، وإن وقع الصلح عن القطع، وإن أعطى صاحب النخلة جاره دراهم ليقطع كان جائزاً وإنه أعطى الجار دراهم لصاحب النخلة ليقطع كان باطلاً.

رجل اشترى داراً لها شفيع فصالح الشفيع على أن يعطي المشتفيع دراهم مسماة ليسلم الشفيع الشفعة بطلت الشفعة ولا يجب المال، وإن كان أخذ المال رده على المشتري. كذا في فتاوى قاضيخان.

ولو صالح المشتري مع الشفيع على أن أعطاه الدار وزاده الشفيع على الثمن شيئاً معلوماً فهو جائز كذا في المبسوط. وإن صالح على أن يأخذ نصف المشتري أو ثلثه أو ربعه على أن يسلم الشفعة في الباقي كان جائزاً فإن وجد هذا الاصطلاح منهما بعد تأكد حق الشفيع بطلب المواثبة وطلب الإشهاد فإنه يصير آخذاً للنصف بالشفعة حتى لا يتجدد فيما أخذ بالشفعة مرة أخرى ويصير مسلم الشفعة في النصف، حتى لو كان هذا الشفيع شريكاً في المبيع أو في الطريق كان للجار أن يأخذ النصف الذي لم يأخذه هذا الشفيع بالشفعة، وإن كان هذا الاصطلاح قبل وجود الطلب من الشفيع فإنه يصير آخذاً للنصف بشراء مبتدأ ويتجدد فيما أخذ الشفعة. هكذا في المحيط.

لو صالح المشتري الشفيع على أن يسلم الشفعة على بيت من الدار بحصته من الثمن فالصلح باطل وحق الشفعة باطل، وهذا إذا كان الصلح بعد تأكد حقه بالطلب، فأما قبل الطلب بطلت الشفعة. كذا في محيط السرخسي.

إذا ادعى رجل شفعة في دار فصالحه المشتري على أن يسلم له داراً أخرى بدراهم مسماة على أن يسلم له الشفعة فهذا فاسد لا يجوز. كذا في المبسوط.

رجل قتل رجلاً عمداً وقتل آخر خطأ ثم صالح أولياءهما على أكثر من ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطأ الدية وما بقي فلصاحب العمد، ولو صالح أولياءهما على ديتين أو أقل منهما كان بينهما نصفين. كذا في محيط السرخسي. وبدل الصلح في دم العمد جار مجرى المهر، فكل جهالة تحملت في المهر تتحمل هنا، وما يمنع صحة التسمية يمنع وجوبه في الصلح، وعند فساد التسمية يسقط القود ويجب بدل النفس وهو الدية، نحو أن يصالح على ثوب كما يجب مهر المثل في النكاح إلا أنهما يفترقان من وجه، وهو أنه إذا تزوجها على خمر يجب مهر المثل. ولو صالح عن دم العمد على خمر لا يجب شيء كذا في الكافي. وفي الخطأ تجب الدية. كذا في الاختيار شرح المختار. ولو صالحه بعفو عن دم على عفو عن دم آخر جاز كالخلع. كذا في الاختيار.

جرح رجلاً عمداً فصالحه لا يخلو: إما إن برئ أو مات منها، فإن صالحه من الجراحة أو من الضربة أو من الشجة أو من القطع أو من اليد أو من الجناية لا غير جاز الصلح إن برئ بحيث بقي له أثر وإن برئ بحيث لم يبق له أثر بطل الصلح، فأما إذا مات من ذلك بطل الصلح عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ووجبت الدية خلافاً لهما، وإن صالحه عن الأشياء الخمسة وما يحدث منها فالصلح جائز إن مات منها، وأما إذا برئ منها ذكر ها هنا أن الصلح جائز. وذكر في الوكالة لو أن رجلاً شج رجلاً موضحة فوكل إنساناً ليصالح عن الشجة وما يحدث منها إلى النفس: فإن مات كان الصلح من النفس. وإن برئ يجب تسعة أعشار المال ونصف عشره ويسلم للمشجوج نصف عشر المال. وقال عامة مشايخنا اختلفا لاختلاف الوضع، فإن الوضع ثمة أنه صالح عن الجراحة وعما يحدث منها إلى النفس وهو معلوم فأمكن قسمة البدل على القائم والحادث جميعاً. وها هنا صالحه عن الجراحة، وكل ما يحدث منها وهو مجهول قد يحدث وقد لا يحدث، وإذا حدث لا يدري أي قدر يحدث فتعذر قسمة البدل على القائم والحادث فصار البدل كله بإزاء القائم، وأما إذا صالحه عن الجناية يجوز الصلح في الفصول كلها إلا إذا برئ بحيث لم يبق له أثر. كذا في محيط السرخسي.

رجل قتل عمداً وله ابنان فصالح أحدهما عن حصته على مائة درهم فهو جائز ولا شركة لأخيه فيها، ولو كان القتل خطأ فصالحه أحدهما على مال كان لشريكه أن يشاركه في ذلك إلا أن يشاء المصالح أن يعطيه ربع الأرش. هكذا في المبسوط.

في المنتقى عن ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله قال في رجل قطع يمين رجل

فصالحه المقطوع يده على أن يقطع يسار القاطع فقطعه فهذا عفو عن الأول، ولا شيء على قاطع اليسار ولا شيء له على قاطع اليمين، وإن اختصما قبل أن يقطع يساره وقد صالحه على ذلك فليس له أن يقطع يساره ولكن رجع بدية يمينه، وإن صالحه على أن يقطع يد القاطع ورجله أو على أن يقتل عبد القاتل، إن قطع يده ورجله رجع عليه بدية رجله، وإن قتل عبده فله عليه قيمة عبده مقاصة منها بدية يده ويترادان الفضل. ولو صالح على أن يقطع يد هذا الحر أو على أن يقتل عبد فلان ففعل يغرم دية الحر الآخر وقيمة عبده ويرجع المقطوع يده على القاطع بدية يده. كذا في محيط السرخسي.

إذا كان في الديوان عطاء مكتوب باسم رجل فنازعه فيه آخر وادعى أنه له فصالحه المدعى عليه على دراهم أو دنانير حالة أو إلى أجل فالصلح باطل، وكذلك لو صالحه على شيء بعينه فهو باطل. كذا في المبسوط.

له عطاء في الديوان مات عن ابنين فاصطلحا على أن يكتب في الديوان باسم أحدهما ويأخذ العطاء والآخر لا شيء له من العطاء ويبذله من كان له العطاء مالاً معلوماً فالصلح باطل، ويرد بدل الصلح والعطاء للذي جعل الإمام العطاء له. كذا في الوجيز للكردري.

مَطْلَبٌ: لا يَصِحُّ صُلْحُ وَكِيلِ الخُصُومَةِ

الوكيل بالخصومة إذا صالح لا يصح، بخلاف ما إذا أمر. كذا في متفرقات الذخيرة.

لا يجوز التصرف في بدل الصلح قبل القبض إذا كان منقولاً، فلا يجوز للمدعي بيعه وهبته ونحو ذلك، فإن كان عقاراً يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى.

لا ينبغي للقاضي أن يباشر الصلح بنفسه، بل يفوض ذلك إلى غيره من المتوسطين، وسبيل القاضي أن لا يبادر في القضاء بل يرد الخصوم إلى الصلح مرتين أو ثلاثاً إذا كان يرجو الإصلاح بينهم بأن كانوا يميلون إلى الصلح ولا يطلبون القضاء لا محالة، فأما إذا طلبوا القضاء لا محالة وأبوا الصلح: إن كان وجه القضاء ملتبساً غير مستبين للقاضي أن يردهم إلى الصلح، أما إذا كان وجه القضاء مستبيناً: فإن وقعت الخصومة بين أجنبيين يقضي بينهم ولا يردهم إلى الصلح حين أبوا، وإن وقعت الخصومة بين أهل قبيلتين أو بين المحارم يردهم إلى الصلح مرتين أو ثلاثاً وإن أبوا الصلح. هكذا في الذخيرة.

الكفيل بالنفس إذا صالح على مال على أن يبرئه من الكفالة فالصلح باطل، وهل تبطل الكفالة؟ فيه روايتان. في رواية تسقط. هكذا في البدائع، وبه يفتى. كذا في الذخيرة اهـ. والله تعالى أعلم، وأستغفر الله العظيم.

كتاب المضاربة

(هي) لغة: مفاعلة من الضرب في الأرض وهو السير فيها. وشرعاً: (عقد شركة

كتاب المضاربة

قالا مثلا مسكين: هي كالمصالحة من حيث إنها تقتضي وجود البدل من جانب واحد اهـ. قال الحموي: وفيه تأمل، لأن الصلح إذا كان عن مال بإقرار يكون بيعاً والبيع يقتضي وجود المبادلة من الجانبين اهـ. وأجاب عنه أبو السعود عن شيخه بأنه يكفي في بيان وجه المناسبة اشتراك المضاربة والصلح في الوجود الصوري، وباعتباره يكون قاصراً على المصالح عليه، ولا شك أن وجوده من جانب واحد كرأس مال المضاربة. وأما اعتبار الصلح عن مال بإقرار بيعاً فبالنظر إلى المعنى كما لا يخفى اهـ: أي أنه لا يلزم في المناسبة أن تكون من كل الوجوه وقد اعتبرت هنا في قسمين من الصلح عن إنكار أو سكوت. قوله: (هي مفاعلة) لكونها على غير بابها. قوله: (وهو السير فيها) قال الله تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠] يعني يسافرون للتجارة؛ وسمي هذا العقد بها لأن المضارب يسير في الأرض غالباً لطلب الربح، ولهذا قال الله تعالى. يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله، وهو الربح وأهل الحجاز يسمون هذا العقد مقارضة، وهو مشتق من القرض لأن صاحب المال يقطع قدراً من ماله ويسلمه للعامل. وأصحابنا اختاروا لفظة المضاربة لكونها موافقة لما تلونا من نظم الآية، وهي مشروعة لشدة الحاجة إليها من الجانبين، فإن من الناس من هو صاحب مال ولا يهتدي إلى التصرف، ومنهم من هو بالعكس فشرعت لتنتظم مصالحهم، فإنه عليه الصلاة والسلام بعث والناس يتعاملون بها فأقرهم عليها وتعاملتها الصحابة رضي الله تعالى عنهم؛ ألا ترى إلى ما يروى «أن عباس بن عبد المطلب كان إذا دفع مالاً مضاربة شرط عليه أن لا يسلك به بحراً ولا ينزل وادياً ولا يشتري ذات كبد رطب، فإن فعل ذلك ضمن، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فاستحسنه» فصارت مشروعة بالسنة والإجماع. كذا ذكره الزيلعي. ووجه المناسبة بين الكتابين من حيث أن كلًّا منهما مشتمل على الاسترباح. أما المضاربة فإن مبناها على هذا. وأما الصلح فإن المصالح من المدعى عليه مستربح سواء كان الصلح عن إقرار أو عن إنكار أو عن سكوت. عيني. قوله: (وشرعاً عقد شركة) قال في النهاية: ومن محاسن حدوده أنها دفع المال إلى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطا. ورجح البرجندي هذا التعريف، وضعفه صاحب التكملة بأن المضاربة ليست الدفع المذكور، بل هي عقد يحصل قبل ذلك أو معه. ثم عقد الشركة في الربح لا يستلزم وجود الربح، فلا يرد عليه أنه قد لا يوجد الربح أصلاً، وخروج الفاسدة عن التعريف لا

في الربح بمال من جانب) رب المال (وعمل من جانب) المضارب.

يقدح فيه لأنها تنقلب حينئذ إلى الإجارة كذا أفاده المنلا عبد الحليم. قوله: (في الربح) وإن لم يشتركا في الربح خرج العقد إلى البضاعة أو القرض.

قال في البحر: فلو شرط الربح لأحدهما لا تكون مضاربة اهـ. ويجوز التفاوت في الربح، وإذا كان المال من اثنين فلا بد من تساويهما فيما فضل من الربح، حتى لو شرط لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث فيما فضل فهو بينهما نصفان لاستوائهما في رأس المال اهـ كما يأتي. قوله: (بمال من جانب الخ) أي هذا مسمى المضاربة، وأما كونه إيداعاً ابتداء فليس هو مفهوماً لها بل هو حكمها كما ذكره، لأنه ترك ماله في يد غيره لا على طريق الاستبدال ولا الوثيقة فيكون أمانة، فهو داخل في معنى الوديعة وليس هو مسمى عقد المضاربة، فإذا عمل فيه كان عاملاً فيه بإذن مالكه، وهو معنى الوكيل له فلذلك كان من حكمها أنها توكيل مع العمل، فإن ربح كان شريكاً لأنها قد عقدت بمال من جانب رب المال وعمل من جانب الآخر على أن يكون الربح بينهما، فلما حصل الربح كان له نصيب منه فكانت شركة حينئذ وغصب إن خالف، لأنه تصرف في ماله بغير إذنه حيث خالف ما شرطه عليه وخرجت حينئذ عن كونها مضاربة، فلذا لا تعود وإن أجاز رب المال، لأن عقد المضاربة قد انفسخ بالمخالفة والمفسوخ لا تلحقه الإجازة، وإجارة فاسدة إن فسدت لأن الربح إنما يستحق بعقد المضاربة، فإذا فسدت لا يستحق شيئاً منه، ولذا قال: فلا ربح للمضارب، لكنه عمل في ماله بإذنه غير متبرع فيكون إجارة فلذا وجب أجر مثله ربح أو لا كما هو حكم الإجارة، وإنما كانت فاسدة لعدم وجود العقد الصحيح المفيد للإجارة، وبهذا التقرير اندفع ما أورده صدر الشريعة. تأمل. قوله: (وعمل من جانب المضارب) لأنه قبض المال بإذن مالكه لا على وجه المبادلة والوثيقة، بخلاف المقبوض على سوم الشراء لأنه قبضه بدلاً، وبخلاف الرهن لأنه قبضه وثيقة. درر. وهو أي عمل بالرفع. كذا ضبطه الشرح اهـ. شلبي. فيكون عطفاً على قوله عقد فيقتضي أن حقيقتها العقد والعمل، وهو ينافي ما بعد من قوله «وركنها الخ» فلو كان مجروراً عطفاً على مال والجار والمجرور في قوله بمال متعلق بمحذوف تقديره وتكون لكان وجيهاً.

فالأولى أن يقول: وهي عبارة عن عقد على الشركة في الربح بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر كما فعل في الهندية، وهو مؤيد ما قلنا كما في ط.

وإنما قيد الشارح بالمضارب لأنه لو اشترط رب المال أن يعمل مع المضارب فسدت، كما سيصرح به المصنف في باب المضارب يضارب، وكذا تفسد لو أخذ المال من المضارب بلا أمره وباع واشترى به، إلا إذا صار المال عروضاً فلا تفسد لو أخذه من

(وركنها: الإيجاب والقبول. وحكمها): أنواع لأنها (إيداع ابتداء).
ومن حيل الضمان أن يقرضه المال إلا درهماً

المضارب كما سيأتي في فصل المتفرقات. قوله: (وركنها الإيجاب والقبول) قال الحموي في شرحه: وركنها اللفظ الدالّ عليها كقوله دفعت إليك هذا المال مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو خذ هذا المال واعمل به على أن لك من الربح نصفه أو ثلثه أو قال ابتع به متاعاً فما كان من فضل فلك منه كذا أو خذ هذا بالنصف، بخلاف خذ هذا الألف واشتر هروياً بالنصف ولم يزد عليه فليس مضاربة بل إجارة فاسدة له أجر مثله إن اشترى وليس له البيع إلا بأمر اهـ. ويقول المضارب قبلت أو ما يؤدي هذا المعنى اهـ. قاضي زاده. قوله: (وحكمها أنواع) لكنها بأنظار مختلفة. قال المنلا عبد الحليم. قوله: (وحكمها أنواع):

الأول: أقول: اللائق أن يدرج في ضيره أيضاً قولنا الثاني والثالث وغيرهما كما أدرج في قوله وشرطها وعد الأنواع المذكورة أحكامها بناء على أن حكم الشيء ما يثبت به ويبتني عليه، ولا خفاء في أنه يراعي ذلك في كل حكم منها في وقته، فلا يرد عليه أن معنى الإجارة والغصب ناقض لعقد المضاربة مناف لصحتها فكيف يجعل حكماً من أحكامها، ومن هنا يظهر حسن سبك المصنف في تحرير المتن حيث قال لوأما دفع المال الخ» لأن الإيضاع والإقراض لم يبتنيا على هذا العقد بل يفترقان عنه أول الأمر كما لا يخفى ا هـ. قوله: (لأنها إيداع ابتداء) لأنه قبض المال بإذن مالكه لا على وجه المبادلة والوثيقة إلى آخر ما قدمناه قريباً، ولو حذف. قوله: (لأنها) ويكون. قوله: (إيداع) بدلاً عما قبله ماضره، وقوله «ابتداء» ظاهره أنها لا تكون في البقاء كذلك مع أنها تكون أمانة فيه فحكم الابتداء والبقاء سواء.

فإن قيل: أراد الإيداع حقيقة وهي في البقاء أمانة قلنا: هذا غير ظاهر، فتدبر ط. قال الخير الرملي: سيأتي أن المضارب يملك الإيداع في المطلقة مع ما تقرر أن المودع لا يودع، فالمراد في حكم عدم الضمان بالهلاك وفي أحكام مخصوصة لا في كل حكم فتأمل. قوله: (ومن حيل الضمان الخ) ليست هذه حيلة في المضاربة بل قد خرج العقد إلى الشركة في رأس المال.

وذكر الزيلعي حيلة أخرى أيضاً فقال: وإذا أراد رب المال أن يضمن المضارب بالهلاك يقرض المال منه ثم يأخذه منه مضاربة ثم يبضع المضارب كما في الواقعات. وذكر هذه الحيلة القهستاني. وفيه نظر لأنها تكون شركة عنان شرط فيها العمل على الأكثر مالاً وهو لا يجوز، بخلاف العكس فإنه يجوز كما ذكره في الظهيرية في كتاب الشركة عن الأصل للإمام محمد. تأمل. وكذا في شركة البزازية حيث قال: وإن لأحدهما ألف ولآخر

ثم يعقد شركة عنان بالدرهم وبما أقرضه على أن يعملا والربح بينهما ثم يعمل المستقرض فقط، فإن هلك فالقرض عليه (وتوكيل مع العمل) لتصرفه بأمره (وشركة إن ربح،

ألفان واشتركا واشترطا العمل على صاحب الألف والربح أنصافاً جاز؛ وكذا لو شرطا الربح والوضيعة على قدر المال والعمل من أحدهما بعينه جاز، ولو شرطا العمل على صاحب الألفين والربح نصفين لم يجز الشرط والربح بينهما أثلاثاً، لأن ذا الألف شرط لنفسه بعض ربح الآخر بغير عمل ولا مال، والربح إنما يستحق بالعمل أو المال أو بالضمان اهـ ملخصاً. لكن في مسألة الشارح شرط العمل على كل منهما لا على صاحب الأكثر فقط وهو صحيح سالم من الفساد كما سيصرح به.

والحاصل: أن المفهوم من كلامهم أن الأصل في الربح أن يكون على قدر المال كما قدمناه عن البحر، إلا إذا كان لأحدهما عمل فيصح أن يكون أكثر ربحاً بمقابلة عمله، وكذا لو كان العمل منهما يصح التفاوت أيضاً تأمل. قوله: (ثم يعقد شركة عنان) وهي لا يلزمها أن يكون الربح فيها على قدر المال فلهما أن يتفقا على مناصفة الربح. ح قوله: (على أن يعملا) ذكره لأنه لو شرط العمل على أحدهما فسدت كما مر فيها والمفسد اشتراط عمل أحدهما لا الإطلاق. قوله: (ثم يعمل المستقرض فقط) أي بطيب نفس منه لا بشرط عليه، لأن شرط الشركة أن يكون العمل عليهما كما قال على أن يعملا، لكن الشرط إنما هو اشتراط العمل عليهما لا وجوده منهما، فإن العمل لا يتأتى من اثنين عادة فيصح أن ينفرد أحدهما به بعد أن شرط عليهما كما هو مقتضى عقد الشركة ويكون الربح بينهما على حسب الشرط؛ لأن كلًّا منهما وكيل بما يعمله عن صاحبه فيقع شراء كل لهما بالأصالة عن نفس المباشر، وبالوكالة عن شريكه لأن الشركة تتضمنها ويكون الربح على حسب الشرط كما تقدم في بابها. قوله: (وتوكيل مع العمل) حتى يرجع بما لحقه من العهدة عليه. منح. كما لو رد على المضارب بالعيب ولم يوجد ما يؤدي ثمنه من مال المضاربة أو استحق في يد المشتري ورجع على المضارب بثمنه ولم يوجد ما يؤديه فأدى من مال نفسه يرجع إلى رب المال. هذا ما ظهر لي وكما سيجيء من قوله شرى عبداً بألفها وهلك الألف قبل نقده دفع المالك ثمنه ثم وثم: يعني يرجع المضارب بالثمن على المالك.

وأقول: هذه الوكالة ضمنية كما في وكالة الشركة كما ذكرنا، فشملت وكالة بمجهول الجنس وجازت، بخلاف الوكالة القصدية فإنها لم تجز وكالة بمجهول الجنس نحو التوكيل بشراء ثوب ونحوه على ما مر. قوله: (وشركة إن ربح) لأن الربح حصل بالمال والعمل فيشتركان فيه. منح.

وغصب إن خالف وإن أجاز) ربّ المال (بعده) لصيرورته غاصباً بالمخالفة (وإجارة فاسدة إن فسدت فلا ربح) للمضارب (حينئذ بل له أجر مثل عمله مطلقاً) ربح أو

أقول: بل تكون شركة بمجرد الشراء؛ ألا ترى ليس لرب المال فسخها بعده، ولو كانت وكالة لكان له فسخها حينئذ وأخذ البضاعة. نعم استحقاقه لشيء من المال موقوف على ظهور الربح، ولذا لو عتق عبد المضاربة لا يعتق ما لم يتحقق الربح. تأمل. قوله: (وغصب إن خالف) لتعديه على مال غيره فيكون ضامناً، واستشكل قاضي زاده عد الغصب والإجارة من أحكامها، لأن معنى الإجارة إنما يظهر إذا فسدت المضاربة، ومعنى الغصب إنما يتحقق إذا خالف المضارب، وكلا الأمرين ناقض لعقد المضاربة مناف لصحتها فكيف يصح أن يجعلا من أحكامها وحكم الشيء ما يثبت به، والذي يثبت بمنافيه لا يثبت به قطعاً.

فإن قلت: قد صلحا أن يكونا حكماً للفاسدة. قلنا: الأركان والشروط المذكورة هنا للصحيحة، فكذا الأحكام، على أن الغصب لا يصح حكماً للفاسدة؛ لأن حكمها أن يكون للعامل أجر عمله ولا أجر للغاصب؛ اهـ مختصراً ط. ولا تنس ما قدمناه عند قوله بمال من جانب الخ. قوله: (وإن أجاز رب المال بعده) حتى لو اشترى المضارب ما نهي عنه ثم باعه وتصرف فيه ثم أجاز رب المال لم يجز. منح. فيضمن بالغصب ويكون الربح بعد ما صار مضموناً عليه له ولكن لا يطيب له عندهما. وعند الثاني يطيب له كالغاصب والمودع إذا تصرفا وربحا فإنهما على الخلاف المذكور اهـ. شلبي عن الغاية. وفي سري الدين عن الكافي أنه بعد الإجازة يكون كالمستبضع: يعني أن البضاعة وديعة في يده، وإذا خالف ينقلب إلى الغصب ولو أجاز بعده اهـ. وفيه مخالفة لما هنا كل المخالفة، وينبغي اعتماد ما هنا ط بزيادة. قوله: (لصيرورته غاصباً بالمخالفة) فيه تعليل الشيء بنفسه. قوله: (بل له أجر مثل عمله مطلقاً) وهو ظاهر الرواية. قهستاني. لأنه لا يستحق المسمى لعدم الصحة ولم يرض بالعمل مجاناً فيجب أجر المثل. وعن أبي يوسف: إن لم يربح فلا أجر له، وهو الصحيح لئلا تربو الفاسدة على الصحيحة. شيخنا عن ابن الغرس على الهداية اهـ. أبو السعود.

وفي الهداية: وعن أبي يوسف إذا لم يربح لا يجب الأجر اعتباراً بالمضاربة الصحيحة اهـ. اتفق الشراح على صحة هذا التعليل، لأن الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه أبداً كما في البيع الفاسد، ولكن تصدوا في الجواب عنه بأنه نعم كذلك إذا كان انعقاد الفاسد كانعقاد الصحيح كما في البيع، وهنا ليس كذلك لأن المضاربة الصحيحة تنعقد شركة والفاسدة تنعقد إجارة فتعتبر بالإجارة الصحيحة عند إيفاء العمل. ورده صاحب العناية باعتبار فاسد المضاربة بصحيحها أولى من جعلها إجارة، لأنهما رضيا أن

لا (بلا زيادة على المشروط) خلافاً لمحمد والثلاثة (إلا في وصي أخذ مال يتيم مضاربة فاسدة) كشرطه لنفسه عشرة دراهم

يكون للعامل جزء من الربح لو حصل، وبالحرمان إن لم يحصل ولم يرض رب المال أن يكون في ذمته شيء في مقابلة عمله، فإيجابه يكون إيجاباً بغير دليل، فهدم الأصل الضعيف أولى من إلغاء التعليل الصحيح هذا. قوله: (بلا زيادة على المشروط) أي المسمى كما هو حكم الإجارة الفاسدة وقد مر، وهذا فيما إذا ربح، وإلا فلا تتحقق الزيادة ولا يكون له أجر ما لم يربح أو يكن الفساد بسبب تسمية دراهم معينة للعامل لأنه لم يرض حينئذ بالحرمان عند عدم الربح. تأمل. قوله: (خلافاً لمحمد) فيه إشعار بأن الخلاف فيما إذا ربح، وأما إذا لم يربح فأجر المثل بالغاً ما بلغ، لأنه لا يمكن تقدير بنصف الربح المعدوم كما في الفصولين، لكن في الواقعات ما قاله أبو يوسف مخصوص بما إذا ربح، وما قاله محمد بأن له أجر المثل بالغاً ما بلغ فيما هو أعم. ذكره الشمني.

وأفاد في الشرنبلالية نقلاً عن التبيين وشرح المجمع والخلاصة أن وجوب أجر المثل مطلقاً قول محمد، ومعنى الإطلاق ربح أو لم يربح زاد على المسمى أو لا. وعند أبي يوسف: يجب إن ربح، وإلا فلا، ولا يجاوز المشروط اهـ. وحينئذ فيكون مشى في وجوب الأجر مطلقاً على قول محمد، ومشى في عدم مجاوزة المشروط على قول أبي يوسف.

فحاصل ما قاله أبو يوسف مخصوص بما إذا ربح، وما قاله محمد بأن له أجر المثل بالغاً ما بلغ فهو أعم كما ذكرنا. قوله: (إلا في وصي أخذ مال يتيم مضاربة الخ) ظاهره أن للوصي أن يضارب في مال اليتيم بجزء من الربح، وسيأتي بيانه في الفروع، وكلام الزيلعي فيه أظهر، وأفاد الزيلعي أيضاً أن للوصي دفع المال إلى من يعمل فيه مضاربة بطريق النيابة عن اليتيم كأبيه. أبو السعود.

قال في أحكام الصغار: الوصي يملك أخذ مال اليتيم مضاربة، فإن أخذ على أن له عشرة دراهم من الربح فهذه مرابحة فاسدة ولا أجر له، وهذا مشكل لأن المضاربة متى فسدت تنعقد إجارة فاسدة ويجب أجر المثل، ومع هذا قال لا يجب، لأن حاصل هذا راجع إلى أن الوصي يؤجر نفسه لليتيم وأنه لا يجوز اهـ. ومنه يعلم أن الاستثناء الذي ذكره ليس في عبارة الكتاب المذكور وأنه أسقط من عبارته ما به يتضح الحكم المذكور.

وفي البزازية: بعد أن ذكر الإشكال الذي ذكره في جامع أحكام الصغار قال: والجواب أنه قد برهن على أن المنافع غير متقومة وأنه الأصل فيها، فلو لزم الأجر لزم إيجاب التقوم في غير المتقوم نظراً إلى الأصل، وأنه لا يجوز في مال اليتيم والصغير والتقوم بالعقد الصحيح بالنصوص الدالة عليه والنص لم يرد في الفاسد، والوارد في الصحيح لا يكون وارداً في الفاسد في حق الصغير اهـ. ذكره الحموي. قوله: (كشرطه لنفسه عشرة

(فلا شيء له) في مال اليتيم **(إذا عمل)** أشباه. فهو استثناء من أجر عمله **(و)** الفاسدة **(لا ضمان فيها)** أيضاً **(كصحيحة)** لأنه أمين **(ودفع المال إلى آخر مع شرط الربح)** كله **(للمالك بضاعة)** فيكون وكيلاً متبرعاً **(ومع شرطه للعامل قرض)** لقلة ضرره. **(وشرطها)**: أمور سبعة **(كون رأس المال من الأثمان)**

ونحوهم) الكاف لتمثيل المضاربة الفاسدة. حلبي. قوله: **(فلا شيء له)** لأنه من باب إيجار الوصي لنفسه لليتيم وهو لا يجوز كما ذكرنا. قوله: **(فهو استثناء من أجر عمله)** لا حاجة إليه لأن المصنف دفع الإيهام الذي وقع فيه بقوله «فلا شيء له» وذلك لأنه يحتمل أن يكون استثناء من قوله «بل له أجر مثله» أو من قوله «بلا زيادة» والمؤلف قصد التوضيح. قوله: **(والفاسدة لا ضمان فيها)** لأن الفاسد من العقود يأخذ الحكم من الصحيح منها، ولأنه عين في يد أجيره، ولو تلف بعد العمل فله أجر مثله، وقيل هذا عند أبي حنيفة، وعندهما: يضمن إذا تلف في يده بما يمكن التحرز عنه اهـ.

وفي النهاية: والمضاربة الفاسدة غير مضمونة بالهلاك، وذكر ابن سماعة عن محمد أنه ضامن للمال، فقيل المذكور في الكتاب قول أبي حنيفة وهو بناء على اختلافهم في الأجير المشترك إذا تلف المال في يده من غير صنعه، وعندهما: هو ضامن إذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه، وكذلك في كل مضاربة فاسدة. كذا في المبسوط. قوله: **(كله للمالك بضاعة)** هو أن يعمل له متبرعاً. قوله: **(فيكون وكيلاً متبرعاً)** أي بعمله حيث لم يشترط له جزءاً من الربح. قوله: **(لقلة ضرره)** أي القرض بالنسبة للهبة فجعل قرضاً ولم يجعل هبة، لكن فيه اختصار مخل، وكان عليه أن يقول قرض لا هبة لقلة ضرره. قال في التبيين: وإنما صار المضارب مستقرضاً باشتراط كل الربح له، لأنه لا يستحق الربح كله إلا إذا صار رأس المال ملكاً له لأن الربح فرع المال كالثمر للشجر وكالولد للحيوان، فلما شرط أن يكون جميع الربح له فقد ملكه جميع رأس المال مقتضى.

ومقتضيه أن لا يرد رأس المال، لأن التمليك لا يقتضي الرد كالهبة، لكن لفظ المضاربة يقتضي رد رأس المال فجعلناه قرضاً لاشتماله على المعنيين عملاً بهما، ولأن القرض أدنى التبرعين لأنه يقطع الحق عن العين دون البدل والهبة تقطعه عنهما فكان أولى لكونه أقل ضرراً اهـ. قوله: **(سبعة)** بضم قوله ومن شروطها.

مَطْلَبٌ: لَا تَصِحُّ الْمُضَارَبَةُ بِالْفُلُوسِ الْكَاسِدَةِ

قوله: **(كون رأس المال من الأثمان)** أي الدراهم والدنانير عندهما وبالفلوس النافقة، ولو دفع له عرضاً وقال له بعه واعمل مضاربة في ثمنه فباع بدراهم أو دنانير فتصرف صح. ذكره مسكين. لكن فيه مخالفة لما في القهستاني عن الكبرى ونصه: في

كما مر في الشركة (وهو معلوم) للعاقدين

المضاربة بالتبر روايتان. وعن الشيخين أنها تصح بالفلوس، وعند محمد لا تصح، وعليه الفتوى اهـ. وإنما جاز في مسألة ثمن الثوب لأن المضاربة ليس فيها إلا توكيل وإجارة، وكل ذلك قابل للإضافة على الانفراد فكذا عند الاجتماع كما في الزيلعي. وإنما اشترط كون رأس المال من الأثمان لأنها شركة عند حصول الربح فلا بد من مال تصح به الشركة وهو الدراهم والدنانير والتبر والفلوس النافقة اهـ. منح. وجوازها بالتبر إن كان رائجاً وإلا فهو كالعروض فلا تجوز المضاربة عليه إلا إذا بيعت العروض فصارت نقوداً فإنها تنقلب مضاربة، وكذلك المكيل والموزون لا يصلح أن يكون رأس المال عندنا، خلافاً لابن أبي ليلى كما في النهاية.

وذكر في تكملة الديري وما نقله البعض أنه عند مالك تصح بالعروض لا يكاد يصح، وإنما المنقول عن ابن أبي ليلى أنه يجوز بكل مال وعليه كلام الكاكي اهـ. وقيد في الدرر بالفلوس النافقة أيضاً.

قال في الهندية: والفتوى على أنه تجوز بالفلوس الرائجة. كذا في التتارخانية ناقلاً عن الكبرى. ولا تجوز بالذهب والفضة إذا لم تكن مضروبة في رواية الأصل. كذا في فتاوى قاضيخان.

وفي الكبرى: في المضاربة بالتبر روايتان، ففي كل موضع يروج التبر رواج الأثمان تجوز المضاربة، هكذا في التاترخانية والمبسوط والبدائع. وتجوز بالدراهم النبهرجة والزيوف ولا تجوز بالستوقة، فإن كانت الستوقة تروج فهي كالفلوس. كذا في فتاوى قاضيخان.

وفي الحامدية: سئل فيما إذا دفع زيد لعمرو بضاعة على سبيل المضاربة وقال لعمرو بعها ومهما ربحت يكون بيننا مثالثة فباعها وخسر فيها فالمضاربة غير صحيحة ولعمرو أجر مثله بلا زيادة على المشروط اهـ.

رجل دفع لآخر أمتعة وقال بعها واشتر بها وما ربحت فبيننا نصفين فخسر فلا خسران على العامل، وإذا طلب صاحب الأمتعة بذلك فتصالحا على أن يعطيه العامل شيئاً لا يلزمه، ولو كفل إنسان ببدل الصلح لا يصح ولو عمل هذا العامل في هذا المال فهو بينهما على الشرط؛ لأن ابتداء هذا ليس بمضاربة بل هو توكيل ببيع الأمتعة. ثم إذا صار الثمن من النقود فهو دفع مضاربة بعد ذلك فلم يضمن أولاً لأنه أمين بحق الوكالة ثم صار مضارباً فاستحق المشروط. جواهر الفتاوى. قوله: (كما مر في الشركة) من أنها لا تصح مفاوضة وعناناً بغير النقدين والفلوس النافقة والتبر والنقرة إن جرى التعامل بهما. قوله: (وهو معلوم للعاقدين) لئلا يقعا في المنازعة ولو مشاعاً، ط؛ في التاترخانية.

(وكفت فيه الإشارة) والقول في قدره وصفته للمضارب بيمينه، والبينة للمالك.

(وأما المضاربة بدين فإن على المضارب لم يجز،

مطلب: قرض المشاع جائز

وإذا دفع ألف درهم إلى رجل وقال نصفها عليك قرض ونصفها معك مضاربة بالنصف صح، وهذه المسألة نص على أن قرض المشاع جائز، ولا يوجد لهذا رواية إلا هنا. وإذا جاز هذا العقد كان لكل نصف حكم نفسه، وإن قال على أن نصفها قرض وعلى أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة على أن الربح كله لي جاز، ويكره لأنه قرض جرّ منفعة، وإن قال على أن نصفها قرض عليك ونصفها مضاربة بالنصف فهو جائز، ولم يذكر الكراهة هنا. فمن المشايخ من قال: سكوت محمد عنها هنا دليل على أنها تنزيهية.

وفي الخانية: قال على أن تعمل بالنصف الآخر على أن الربح لي جاز ولا يكره، فإن ربح كان بينهما على السواء، والوضيعة عليهما لأن النصف ملكه بالقرض والآخر بضاعة في يده، وفي التجريد يكره ذلك.

وفي المحيط: ولو قال على أن نصفها مضاربة بالنصف ونصفها هبة لك وقبضها غير مقسومة فالهبة فاسدة والمضاربة جائزة، فإن هلك المال قبل العمل أو بعده ضمن النصف حصة الهبة فقط. وهذه المسألة نص على أن المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون على الموهوب له اهـ ملخصاً. وتمامه فيه فليحفظ فإنه مهم. وهذه الأخيرة ستأتي قبيل كتاب الإيداع قريباً من أن الصحيح أنه لا ضمان في حصة الهبة أيضاً، لأن الصحيح أن الهبة الفاسدة تملك بالقبض اهـ. لكن فيه أن الواهب سلط الموهوب له على قبض ماله في الهبة المذكورة فكيف يضمن، وقد أوضح الجواب عنه في [نور العين] بأن الهبة الفاسدة تنقلب عقد معاوضة فتكون كالمقبوض على حكم البيع الفاسد وهو مضمون اهـ. وقوله: «فإن ربح كان بينهما على السواء» أي ربح جميع الألف بدليل التعليل المذكور.

ولا يشكل هذا على قولهم: إن الشرط الموجب لانقطاع الشركة يفسدها: أي المضاربة به. لأنا نقول: ما في الصورة المذكورة بحق نصف الألف هو بضاعة لا مضاربة. تأمل. قوله: (وكفت فيه) أي في الإعلام. منح. قوله: (الإشارة) كما إذا دفع لرجل دراهم مضاربة وهو لا يعرف قدرها فإنه يجوز، فيكون القول في قدرها وصفتها للمضارب مع يمينه والبينة للمالك: أي إذا أشار إليها لئلا يقعا في المنازعة له في الغرر. قوله: (والبينة للمالك) أي لو ادعى رب المال أنه دفع إليه ألفين وقال المضارب ألفاً فقط أو ادعى رب المال أنها بيض وقال المضارب سود فالقول للمضارب بيمينه لأنه منكر والبينة لرب المال لأنه مدع. قوله: (لم يجز) لأن المضارب أمين ابتداء ولا يتصور كونه أميناً فيما عليه من الدين: أي لأنه لا يبرأ إلا بتسليمه لربه ويكون الربح للمشتري

وإن على ثالث جاز وكره) ولو قال اشتر لي عبداً نسيئة ثم بعه وضارب بثمنه ففعل جاز، كقوله لغاصب أو مستودع أو مستبضع اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز. مجتبى (وكون رأس المال عيناً لا ديناً) كما بسط في الدرر

في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد: الربح لرب الدين ويبرأ المضارب عن الدين. كذا في الخانية عن العزمية.

قال في البحر: وأما المضاربة بدين: فإن كان على المضارب فلا يصح وما اشتراه له والدين في ذمته اهـ. والأوجه تأخير هذا عند قوله وكون رأس المال عيناً لا ديناً بطريق التفريع عليه كما فعل صاحب الدرر. قوله: (وإن على ثالث) بأن قال اقبض مالي على فلان ثم اعمل به مضاربة، ولو عمل قبل أن يقبض الكل ضمن، ولو قال فاعمل به لا يضمن، وكذا بالواو، لأن ثم للترتيب فلا يكون مأذوناً بالعمل إلا بعد قبض الكل، بخلاف الفاء والواو، ولو قال اقبض ديني لتعمل به مضاربة لا يصير مأذوناً ما لم يقبض الكل. بحر: أي فلو عمل قبل أن يقبضه كله ضمن. ويبحث فيه بأن القول بأن الفاء كالواو في هذا الحكم نظر، لأن ثم تفيد الترتيب والتراخي والفاء تفيد التعقيب والترتيب، فينبغي أن لا يثبت الإذن فيهما قبل القبض بل يثبت عقبه، بخلاف الواو فإنها لمطلق الجمع من غير تعرض لمقارنة ولا ترتيب، وعليه عامة أهل اللغة وأئمة الفتوى. تأمل. قوله: (جاز) لأن هذا توكيل بالقبض وإضافة للمضاربة إلى ما بعد قبض الدين وذلك جائز، بخلاف ما إذا قال اعمل بالدين الذي في عليك حيث لا يجوز للمضاربة، لأن المضاربة توكيل بالشراء والتوكيل بالشراء بدين في ذمة الوكيل لا يصح حتى يعين البائع أو المبيع عند أبي حنيفة فبطل التوكيل بالكلية، حتى لو اشترى كان للمأمور، وكذا لا يصح التوكيل بقبض ما في ذمة نفسه فلا يتصور المضاربة فيه. وعندهما: يصح التوكيل بالشراء بما في ذمة الوكيل من غير تعيين ما ذكرنا حتى يكون مشترياً للآمر، لكن المشتري عروض فلا تصح المضاربة بها على ما بينا اهـ. زيلعي.

مَطْلَبٌ: حِيلَةُ جَوَازِ الْمُضَارَبَةِ فِي الْعُرُوضِ

قوله: (وكره) لأنه اشترط لنفسه منفعة قبل العقد. منح. ويظهر هذا في المسألة التي بعد. قوله: (ولو قال اشتر لي عبداً نسيئة الخ) هذا يفهم أنه لو دفع عرضاً وقال له بعه واعمل بثمنه مضاربة أنه يجوز بالأولى كما ذكرنا، وقد أوضحه الشارح، وهذه حيلة لجواز المضاربة في العروض. وحيلة أخرى ذكرها الخصاف أن يبيع المتاع من رجل يثق به ويقبض المال فيدفعه إلى المضارب مضاربة ثم يشتري هذا المضارب هذا المتاع من الرجل الذي ابتاعه من صاحبه ط. قوله: (مجتبى) ومثله في البحر. قوله: (وكون رأس المال عيناً) أي معيناً، وليس المراد بالعين العرض. قوله: (كما بسط في الدرر) حيث قال فيه:

(وكونه مسلماً إلى المضارب) ليمكنه التصرف (بخلاف الشركة)

لأن المضارب أمين ابتداء، ولا يتصور كونه أميناً فيما عليه من الدين، فلو قال اعمل بالدين الذي بذمتك مضاربة بالنصف لم يجز، بخلاف ما لو كان له دين على الثالث فقال اقبض مالي من فلان واعمل به مضاربة حيث يجوز، لأنه أضاف المضاربة إلى زمان القبض والدين فيه يصير عيناً وهو يصلح أن يكون رأس المال اهـ. وهو كالذي قدمه في الدين قريباً، وذكر فيه تفصيل كما هنا بأن هذا إذا كان ديناً على المضارب. أما لو كان على غيره جاز وكره، لأن ما كان على الغير بقبضه يصير عيناً فتقع المضاربة عليه لا على الدين كما سمعت. فمن قال إنه مكرر مع ما تقدم توهم أنه متقدم متناً، ومن قال إنه موهم للإطلاق: أي يوهم أنه لا فرق أن يكون الدين على المضارب أو على الأجنبي، وقد علمت الجواب أن ما على الأجنبي يصير عيناً بقبضه فلم يقع العقد على الدين بل على العين المقبوضة. قوله: (وكونه مسلماً إلى المضارب) لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من جانب الآخر فلأن يخلص المال للعامل ليتمكن في التصرف منه ولأن المال يكون أمانة عنده فلا يتم إلا بالتسليم إليه كالوديعة، فلو شرط رب المال أن يعمل مع المضارب لا تجوز المضاربة، لأنه شرط يمنع من التسليم، والتخلية بين المال والمضارب سواء كان المالك عاقلاً أو لا كالأب والوصي إذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط عمل شريكه: أي الصغير مع المضارب لا تصح المضاربة.

وفي السغناقي: وشرط عمل الصغير لا يجوز، وكذا أحد المتفاوضين أو شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسد العقد. تاترخانية. ولو شرط أن يكون المال كل ليلة عند المالك فسدت المضاربة. قهستاني.

وقال الإسبيجابي: إذا رد المضارب رأس المال على المالك وأمره أن يبيع يشتري على المضاربة ففعل وربح فهو جائز على المضاربة والربح على ما شرطا لأنه لم يوجد صريح النقد ولا دلالته لأنه صار مستعيناً به على العمل. وإذا وقع العمل من رب المال إعانة لا يجعل استرداداً، بخلاف ما إذا شرط عمل رب المال حال العقد أفسد.

وحكى الإمام القاضي العامري عن محمد بن إبراهيم الضرير أن شرط عمل رب المال مع المضارب إنما يكون مفسداً إذا شرط العمل جملة، أما إذا شرط رب المال لنفسه أن يتصرف في المال بانفراده متى بدا له وأن يتصرف المضارب في جميع المال بانفراده متى بدا له جازت المضاربة كما في الذخيرة، وقيد برب المال لأن العاقد لو لم يكن رب المال: فإن كان أهلاً لأن يكون مضارباً في ذلك المال كالأب والوصي يجوز شرط العمل عليه، وإن لم يكن أهلاً كالمأذون لا يجوز كما في الشروح اهـ. وسيأتي في الباب الآتي متناً بعض هذا. قوله: (ليمكنه التصرف) أي ولأنها في معنى الإجارة والمال محل فيجب تسليمه.

لأن العمل فيها من الجانبين (صح الربح بينهما شائعاً) فلو عين قدراً فسدت

قوله: (لأن العمل فيها من الجانبين) فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة لانتفاء شرطها وهو العمل منهما. كذا في الدرر. قوله: (شائعاً) أنصافاً أو أثلاثاً مثلاً تتحقق المشاركة بينهما في الربح قل أو كثر. قاله في البرهان.

وفي البحر: الرابع أن يكون الربح بينهما شائعاً كالنصف والثلث لا سهماً معيناً يقطع الشركة كمائة درهم أو مع النصف عشرة اهـ ط: أي لاحتمال أن لا يحصل من الربح إلا مقدار ما شرط له. وإذا انتفى الشركة في الربح لا تتحقق المضاربة لأنها جوزت، بخلاف القياس بالنص بطريق الشركة في الربح فيقتصر على مورد النص. وفي المتن إيماء إلى أن المشروط للمضارب إنما يكون من الربح، حتى لو شرط من رأس المال أو منه ومن الربح فسدت كما في الخزانة، وعليه تعريف المضاربة. قوله: (فلو عين قدراً فسدت) لقطعه الشركة في الربح. وإذا فسدت فله أجر مثله لا يجاوز المشروط عند أبي يوسف لرضاه به إذا كان المسمى معلوماً. أما لو كان مجهولاً كما هنا أو لم يوجد ربح لا يقال رضي بالقدر المشروط زيادة عن حصته من الربح لأنه لم يرض بها إلا مع نصف الربح وهو معدوم، فالمسمى غير معلوم فيجب أجر المثل بالغاً ما بلغ، وقد يجاب بأن هذا العقد لما كان فاسداً كان ما سمى فيه محظوراً فقطع النظر عما هو موجب المضاربة وعوّل على ما عين معه على أنه أجر مثل في إجارة لا موجب مضاربة، ولهذا قالوا: هذه إجارة في صورة مضاربة. حموي عن المقدسي.

قلت: ما بحثه المقدسي صرح به القهستاني معزياً للفصولين، ونصه بعد أن حكى الخلاف عن الصاحبين في أن أجر المثل هل يجب بالغاً ما بلغ أو لا يجاوز به المشروط؟ قال: والخلاف فيما إذا ربح، وأما إذا لم يربح فأجر المثل بالغاً ما بلغ لأنه لا يمكن تقديره الخ، وحينئذ لا حاجة إلى تكلف الجواب، ولا ينافي كلام القهستاني ما سيأتي في الشارح من قوله: وعن أبي يوسف إن لم يربح فلا أجر له، لأنه ذكره بلفظ عن فلا ينافي كون المذهب عنده استحقاق الأجر له بالغاً ما بلغ.

بقي أن يقال: ظاهر كلام المقدسي أن المسمى للمضارب من الربح إذا كان جزءاً شائعاً كالنصف يقال إنه معلوم، وهو مخالف لما في الشمني حيث قال: فإن كان المسمى معلوماً لا يزاد عليه، وإن كان مجهولاً كدابة أو ثوب يجب بالغاً ما بلغ، وإن كان معلوماً من وجه دون وجه كالجزء الشائع مثل النصف والربع: فعند محمد يجب بالغاً ما بلغ لأنه مجهول إذ يكثر بكثرة ما يحصل وينقص بقلته. وعندهما: لا يزاد على المسمى لأنه معلوم من جملة ما يحصل بعمله اهـ. أبو السعود. وإنما تكون إجارة فاسدة إذا فسدت إن لم يبين مدة معلومة. أما لو بينها ينبغي أن يكون أجيراً خاصاً فيستحق بتسليم نفسه في المدة كما

(وكون نصيب كل منهما معلوماً) عند العقد. ومن شرطها كون نصيب المضارب من الربح، حتى لو شرط له من رأس المال أو منه ومن الربح فسدت.

وفي الجلالية: كل شرط يوجب جهالة في الربح أو يقطع الشركة فيه

هو حكم الأجير الخاص، وليراجع. قوله: (وكون نصيب كل منهما معلومة عند العقد) لأن الربح هو المعقود عليه وجهالته توجب فساد العقد اهـ درر. قوله: (لصلحت) لأنهما شرطان لا يقتضيهما العقد. قال في التاترخانية: وما لا يوجب شيئاً من ذلك لا يوجب فساد المضاربة نحو أن يشترطا أن تكون الوضيعة عليهما.

وفي الفتاوى العتابية: ولو قال إن الربح والوضيعة بيننا لم يجز، وكذا لو شرطا الوضيعة أو بعضها على المضارب فسدت. وذكر الكرخي: أن الشرط باطل، وتصح المضاربة إذا شرط فيه نصف الربح.

وفي الذخيرة: ذكر شيخ الإسلام في أول المضاربة أن المضاربة لا تفسد بالشروط الفاسدة. وإذا شرط للمضارب ربح عشرة فسدت لأنه شرط فاسد لأنه شرط تنتفي به الشركة في الربح اهـ. قوله: (يوجب جهالة في الربح) كما إذا شرط له نصف الربح أو ثلثه أو ربعه بأو الترديدية حلبي: يعني ذكر مجموع الثلاثة بطريق الترديد لاقتضاء الترديد جهالة الربح. قوله: (أو يقطع الشركة) كما لو شرط لأحدهما دراهم مسماة. حلبي.

وأورد الأكمل شرط العمل على رب المال فإنه يفسدها وليس بواحد منهما، وأجيب بأن المراد بالفساد ما بعد الوجود وهي عند اشتراط ذلك لم توجد المضاربة أصلاً، إذ حقيقتها أن يكون العمل فيها من طرف المضارب. وفي المقدسي: قال الزيلعي وغيرها: فالأصل أن كل شرط يوجب جهل الربح أو قطع الشركة مفسد، وما لا فلا.

قال الأكمل: شرط العمل على رب المال لا يفسدها وليس بواحد منهما فلم يطرد. والجواب أنه قال: وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها. وإذا شرط العمل عليه فليس ذلك مضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز أن تقول زيد المعدوم ليس ببصير، وقوله بعد: وشرط العمل على المالك مفسد معناه مانع عن تحققه. قال بعض المحققين: مضمونه وإن لم يكن فاسداً في نفسه إلا أنه مفسد لمعنى المقام، لأن معنى القسم الثاني من الأصل على ما صرحوا به هو أن غير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى صحيحة ويبطل الشرط، وقد أشار إليه المصنف بقوله «كاشتراط الوضيعة على المضارب»، وقد كان اعترف به أولاً حيث قال: ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير إلى ذلك بأمر جلي فقال شرط الخ، ولا شك أن المضاربة لا تندرج في هذا المعنى اهـ ما في المقدسي. وعبارة الدرر كذا: أن يفسد المضاربة كل شرط يوجب جهالة الربح، كما لو قال لك نصف الربح أو

يفسدها، وإلا بطل الشرط وصح العقد اعتباراً بالوكالة.

ثلثه أو ربعه؛ لما مر أن الربح هو المعقود عليه فجهالته تفسد العقد وغيره لا: أي غير ذلك من الشروط الفاسدة، بل يبطل الشرط كاشتراط الخسران على المضارب فإنه لا يقطعها وهو على رب المال. قال المولى عبد الحليم: قوله كما لو قال لك نصف الربح أو ثلثه أو ربعه ولم يعين واحداً من هذه الكسور والأعداد. وفي بعض النسخ: أو شرط أن يدفع المضارب داره إلى رب المال ليسكنها أو أرضه سنة ليزرعها. وهو الموافق لما في شروح الهداية. قوله «وغيره» أي غير كل شرط يوجب جهالة الربح أو غير كل شرط يوجب قطع الشركة في الربح أو جهالة لا يفسد ذلك الغير من الشروط الفاسدة عقد المضاربة بل يبطل الشرط وتبقى المضاربة صحيحة، هذا هو المعنى من سوق الكلام ومقتضى الكلام، ولكن اعترض عليه بأن شرط العمل على رب المال شرط ليس بواحد منهما فلم يطرد هذا الضابط الكلي.

أقول: دفعه على ما نسقه المصنف ظاهر، لأنه ذكر هذا الشرط أولاً وأتى بالضابط الكلي بعده فيحمل على غير هذا الشرط بقرينة المقابلة. وأما على ما هو ترتيب صاحب الهداية حيث أخر ذكر هذا الشرط عن ذلك فيكون مخصصاً لعمومه، بل يكون بمنزلة الاستثناء به عنه، ونظائره أكثر من أن تحصى كما لا يخفى على من تدرب هذا، ولبعض الشراح هنا جواب عنه ولبعضهم اعتراض عليه ولذلك تركناه، وما ذكرناه أولى.

وما يقال في دفع الاعتراض من أن الشرط الذي يوجب جهالة الربح ليس فساد المضاربة به لمقارنة شرط فاسد بل لانعدام صحتها وهو معلومية الربح، وكذا فسادها بشرط العمل على رب المال ليس لكونه شرطاً مفسداً بل لتضمنه انتفاء شرط صحة المضاربة وهو تسليم المال إلى المضارب.

أقول: كون كل من هذين الشرطين متفرعاً على شرط من الشروط الستة لا يمنع ورود ذلك الشرط على هذا الضابط الكلي، لأنه في بيان الشرط وغير المفسد والفرق بينهما.

وأقول: الأمر أقرب من ذلك كله، فيقال: هذه الكلية غير صحيحة ويزاد فيما يفسد المضاربة اشتراط العمل الخ. تأمل. قوله: (يفسدها) فللعامل أجر مثل عمله لأنه لم يرض بالعمل مجاناً ولا سبيل إلى المسمى المشروط للفساد فيصار إلى أجر المثل ضرورة والربح لرب المال لأنه نماء ملكه. درر. قوله: (وإلا) أي وإلا يكن واحد منهما: أي لم يوجب الشرط جهالة في الربح ولا قطعاً في الشركة بطل الشرط كاشتراط الخسران على المضارب، وكذا على رب المال أو عليهما كما في التحفة. قوله: (وصح العقد اعتباراً بالوكالة) لأن الخسران جزء هالك من المال فلا يجوز أن يلزم غير رب المال، لكنه شرط

(ولو ادعى المضارب فسادها فالقول لرب المال وبعكسه فللمضارب) الأصل أن القول لمدعي الصحة في العقود، إلا إذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح إلا

زائد لا يوجب قطع الشركة في الربح، والجهالة فيه لا تفسد المضاربة بالشروط الفاسدة كالوكالة، ولأن صحتها تتوقف على القبض فلا تبطل بالشرط كالهبة. درر. قوله: (ولو ادعى المضارب فسادها) الأخصر الأوضح أن يقول: والقول لمدعي الصحة منهما. قوله: (الأصل أن القول لمدعي الصحة في العقود) قيده في الذخيرة بما إذا اتحد العقد. أما لو اختلف العقد فالقول لرب المال، إلا إذا اتفقا على ما يكفي لصحة المضاربة وادعى رب المال شرط الزيادة ليوجب فساد العقد فلا يقبل.

وبيانه: أنه لو ادعى المضارب اشتراط ثلث الربح وادعى رب المال استثناء عشرة منه فالقول لرب المال، لأن المضارب يدعي صحة المضاربة ورب المال يدعي الإجارة الفاسدة وهما مختلفان، فصار كما لو أقر بالإجارة الفاسدة وادعى الآخر الشراء الصحيح منه كان القول لرب المال لاختلاف العقدين. أما لو ادعى المضارب أن المشروط ثلث الربح وادعى رب المال الثلث وعشرة دراهم كان القول للمضارب لأنه يدعي شرطاً زائداً يوجب فساد العقد فلا يقبل قوله، كما في البيع إذا اتفقا عليه وادعى أحدهما أجلاً مجهولاً يوجب فساد العقد وأنكر الآخر، بخلاف. قوله: (اشترطت لك ثلث الربح إلا عشرة) لأن هناك اتفقا على ما يكفي لصحة العقد، لأن الكلام المقرون بالاستثناء تكلم بما وراء المستثنى وذلك مجهول يمنع صحة العقد. قوله: (ولو فيه فسادها) لأنه يمكن أن لا يظهر ربح إلا العشرة فاستثناؤها مؤدٍ إلى قطع الشركة في الربح. قوله: (إلا إذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح) قيل عليه لا يظهر استثناء هذا الفرع من القاعدة لأن رب المال يدعي الفساد والمضارب الصحة والقول لمدعيها، فهو داخل تحت القاعدة كما لا يخفى.

أقول: ليست القاعدة على إطلاقها، بل هي مقيدة بما إذا لم يدفع مدعي الفساد بدعوى الفساد استحقاق مال على نفسه كما هنا، فحينئذ يكون القول. قوله: كما قدمناه عن الذخيرة، وحينئذ لا صحة لقول المصنف فالقول للمضارب، والصواب فالقول لرب المال؛ لأنه المدعي للفساد ليدفع بدعواه الفساد استحقاق مال عن نفسه، وحينئذ يتم الاستثناء، ولا وجه لما قيل إن القول في هذه الصورة قول مدعي الصحة حيث كانت القاعدة مقيدة بما ذكرناه ا هـ كلام الحموي، فلما كان في كلام الأشباه ما يقتضي عدم صحة الاستثناء على ما ذكره المصنف موافقاً لما في الخانية والذخيرة البرهانية في الفصل الرابع عشر منها من المضاربة ومخالفاً للصواب حيث قال: فالقول للمضارب، والصواب فالقول لرب المال على ما ذكره الحموي مستنداً لعبارة الذخيرة التي نقله عنها. قال الشارح: وما في الأشباه فيه اشتباه، فليحرر ما يكشف ذلك الاشتباه.

عشرة وقال المضارب الثلث فالقول لرب المال ولو فيه فسادها لأنه ينكر زيادة يدعيها المضارب. خانية. وما في الأشباه فيه اشتباه، فافهم.

(ويملك المضارب في المطلقة) التي لم تتقيد بمكان

والذي نقله الحموي عن الذخيرة هو ما ذكره في البيوع في الفصل العشرين، وهو أن ما ذكر في عبارته كما نقله عنه ما إذا قال المضارب لرب المال شرطت لي نصف الربح إلا عشرة ورب المال يدّعي جواز المضاربة بأن قال شرطت لك نصف الربح.

وقد صرح صاحب الذخيرة في كتاب المضاربة بأنه لو قال المضارب شرطت لي نصف الربح وزيادة عشرة أن القول فيه للمضارب، وعلله بأن رب المال يدّعي شرطاً زائداً يوجب فساد العقد فلا يقبل كما تقدم في عبارته فلا يتم ما قاله المحشي الحموي لمجرد تعليل صاحب الذخيرة مع نصه أن الحكم خلاف ذلك ولا سيما أن ما ذكره الفقيه في غير بابه، فالحق ما جرى عليه في المنح. تأمل. قوله: (وما في الأشباه) من قوله القول قول مدّعي الصحة إلا إذا قال رب المال شرطت لك الثلث وزيادة عشرة وقال المضارب الثلث فالقول للمضارب كما في الذخيرة اهـ. قوله: (فيه اشتباه) فإنه ظن أن الفرع خارج عن القاعدة مع أنه داخل فيها لأنا جعلنا القول فيه لمدعي الصحة وهو المضارب المدّعي وقوعها بالثلث فلا يصح قوله إلا إذا قال رب المال الخ. كذا في المنح. وذكر نحوه أيضاً الشيخ صالح في حاشيته عليها. وحينئذ فلا وجه لما ذكره الحموي في حل هذه العبارة ونصه: قوله: أي صاحب الأشباه القول لمدّعي الصحة ليس هذا على إطلاقه، بل هو مقيد بما إذا لم يدفع مدّعي الفساد بدعوى الفساد استحقاق مال عن نفسه. كما إذا ادعى المضارب فساد العقد بأن قال رب المال شرطت لي الربح إلا عشرة ورب المال يدّعي جواز المضاربة بأن قال شرطت لك نصف الربح فالقول قول رب المال، لأن المضارب بدعوى الفساد لا يدفع استحقاقاً عن نفسه، لأن المستحق على المضارب منافعه والمستحق له على رب المال جزء من الربح وإنه عين المال والمال خير من المنفعة والاستحقاق بعوض هو خير كالااستحقاق فلم يكن المضارب بدعوى الفساد دافعاً عن نفسه استحقاقاً فلا يقبل قوله. ورب المال إذا ادّعى فساد المضاربة بأن قال للمضارب شرطت نصف الربح إلا عشرة والمضارب ادّعى جواز المضاربة بأن قال شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال، لأنه بدعوى الفساد يدفع عن نفسه استحقاق مال، لأن ما يستحق لرب المال منفعة المضارب، وما يستحق على رب المال عين مال وهو خير من الربح والعين خير من المنفعة، وإن كان كذلك كان رب المال بدعوى الفساد دافعاً عن نفسه استحقاق زيادة المال فكان القول قوله. كذا في الذخيرة. قوله: (في المطلقة) بسكون الطاء المهملة كأن يقول دفعت إليك هذا المال مضاربة ولم يزد عليه. قوله: (التي لم تقيد بمكان) أما لو قيده في البلد فليس له

أو زمان أو نوع (البيع) ولو فاسداً (بنقد ونسيئة متعارفة والشراء

أن يسافر عنها؛ كما لو قيده ببلدة أخرى فيتعين السفر، ولا يبيع في بلده للزوم القيد، وكلام المؤلف على حذف، أي التفسيرية فهو بيان للمطلقة. قوله: (أو زمان) فلو قيد بالشتاء فليس له أن يبيع بالصيف كعكسه. قوله: (أو نوع) فلو قيد بالبر ليس له أن يتجر في الرقيق مثلاً، وينبغي أن يزاد أو شخص من المعاملين بعينه كما سيذكره فإنها حينئذ من المقيدة كما حققه قاضي زاده، ثم لا يجوز للمضارب أن يعمل في غير ذلك القيد. شلبي.
قوله: (البيع) قال الشهاب الشلبي في شرحه: اشترى المضارب أو باع بما لا يتغابن الناس فيه يكون مخالفاً قال له رب المال اعمل برأيك أو لا، لأن الغبن الفاحش تبرع وهو مأمور بالتجارة لا بالتبرع. ولو باع مال المضاربة بما لا يتغابن فيه أو بأجل غير متعارف جاز عند الإمام خلافاً لهما كالوكيل بالبيع اهـ. وإنما يبيع ويشتري من غير أصوله وفروعه. كذا في سري الدين عن الولوالجية ط. قوله: (ولو فاسداً) لأن المبيع فيه يملك بالقبض فيحصل الربح بعقد المعاوضة وهو صنيع التجار، بخلاف الباطل كما في الأشباه وليس المراد منه أنه يجوز له مباشرته لحرمته، بل المراد أنه لا يكون به مخالفاً فلا يكون غاصباً فلا يخرج المال عن كونه في يده أمانة. أبو السعود. قوله: (ونسيئة) النسيئة بالهمز والنساء بالمد: التأخير. ولو اختلفا في النقد والنسيئة فالقول للمضارب في المضاربة وللموكل في الوكالة كما مر متناً في الوكالة. قوله: (متعارفة) احترز به عما إذا باع إلى أجل طويل. زيلعي: أي كسنتين في عرفنا أو أجل لم يعهد عند التجار كعشرين سنة كما مر في الدرر، وإنما جاز له النسيئة لأنه متى لا يحصل له الربح إلا بالنسيئة، حتى لو شرط عليه البيع بالنقد لا يجوز له أن يبيع بنسيئة. وفي شرط النسيئة يجوز له أن يبيع بالنقد.

وفي الهندية عن المبسوط قالوا: وهذا إذا باعه بالنقد بمثل قيمته أو أكثر أو بمثل ما سمي له من الثمن، فإن كان بدون ذلك فهو مخالف؛ ولو قال لا تبعه بأكثر من ألف فباع بأكثر جاز لأنه خير لصاحبه. كذا في الحاوي.

لو كانت المضاربة مطلقة فخصها رب المال بعد عقد المضاربة نحو إن قال له لا تبع بالنسيئة أو لا تشتر دقيقاً ولا طعاماً أو لا تشتر من فلان أو لا تسافر: فإن كان التخصيص قبل أن يعمل المضارب أو بعد ما عمل فاشترى وباع وقبض الثمن وصار المال ناضاً جاز تخصيصه، وإن كان التخصيص بعد ما عمل وصار المال عرضاً لا يصح. وكذا لو نهاه عن السفر تعلل الرواية التي يملك السفر في المضاربة المطلقة إن كان المال عرضاً لا يصح نهيه. كذا في فتاوى قاضيخان. فإذا اشترى ببعض المال شيئاً ثم قال لا تعمل به إلا في الحنطة لم يكن له أن يشتري بالباقي إلا الحنطة، فإذا باع ذلك الشيء وصار نقداً لم يشتر به إلا الحنطة. كذا في الحاوي انتهى. قوله: (والشراء) أي نقداً أو نسيئة بغبن يسير، فلو

والتوكيل بهما والسفر براً وبحراً) ولو دفع له المال في بلده على الظاهر **(والإبضاع)** أي دفع المال بضاعة ولو لرب المال **(ولا تفسد به)** المضاربة كما يملك **(و)** يجيء **(الإيداع والرهن والارتهان والإجارة**

اشترى بغبن فاحش فمخالف، وإن قال له اعمل برأيك كما في الذخيرة، والإطلاق مشعر بجواز تجارته مع كل أحد، لكن في التتمة أنه لا يتجر مع امرأته وولده الكبير العاقل ووالديه عنده خلافاً لهما، ولا يشتري من عبده المأذون، وقيل من مكاتبه بالاتفاق. قهستاني. قوله: **(والتوكيل)** لأنه دون المضاربة وجزء منه المضاربة تتضمن الإذن به. قوله: **(بهما)** أي بالبيع والشراء. قوله: **(والسفر براً وبحراً)** إلا أن ينهاه عنه نصاً مطلقاً على الأصح كما في الظهيرية.

وفي الخانية: له أن يسافر براً وبحراً في ظاهر الرواية في قول أبي حنيفة، ومحمد هو الصحيح وعن أبي حنيفة أنه لا يسافر، وهو قول أبي يوسف كما في المقدسي.

وفي القهستاني: ولا يسافر سفراً مخوفاً يتحامى عنه الناس في قولهم. قال العيني: وله السفر براً وبحراً أي في وقت لا يغلب فيه الهلاك وفي مكان كذلك. قوله: **(ولو دفع له المال في بلده على الظاهر)** وعن أبي يوسف عن الإمام أنه إن دفع إليه المال في بلده ليس له أن يسافر به، وإن دفع إليه في غربة كان له أن يسافر به إلى بلده، لأن الظاهر أن صاحبه رضي به إذ الإنسان لا يقيم في دار الغربة دائماً فإعطاؤه المال في هذه الحالة ثم علمه بحاله يدل على رضاه به.

وجه الظاهر أن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض فيملكه بمطلق العقد، إذ اللفظ دال عليه، ولا نسلم أنه تعريض على الهلاك لأن الظاهر فيه السلامة ولا معتبر بالموهوم كما في الزيلعي. قوله: **(ولو لرب المال)** أراد بالإبضاع له استعانة فيكون ما اشتراه وما باعه على المضاربة لا ما هو المتعارف من أن يكون المال للمبضع والعمل من الآخر كما في البرجندي. قوله: **(ولا تفسد به المضاربة)** لأن حق التصرف للمضارب فيصلح أن يكون رب المال وكيلاً عنه في التصرف خلافاً لزفر، لأن رب المال عنده حينئذ متصرف لنفسه وهو لا يصلح أن يكون وكيلاً فيه فيكون مسترداً، وقول العيني: ويكون الربح للعامل صوابه: ولا يكون أن يحمل العامل على المضارب الذي وجد منه الإبضاع وإن لم يعمل بالعمل. كذا ذكره الشيخ شاهين. وليس المراد بالربح الذي يكون للمضارب في كلام الشيخ شاهين دون رب المال إذا دفع إليه المال بضاعة أصل الربح بل ما يخصه منه فتنبه. أبو السعود قوله: **(كما يجيء)** أي في أول المتفرقات قوله: **(والرهن والارتهان)** قال في البحر: وله أن يرهن ويرتهن بها، ولو أخذ نخلاً أو شجراً معاملة على أن ينفق في تلقيحها وتأبيرها من المال لم يجز عليهما، وإن قال له اعمل برأيك، فإن رهن شيئاً من

والاستئجار) فلو استأجر أرضاً بيضاء ليزرعها أو يغرسها جاز: ظهيرية (والاحتيال) أي قبول الحوالة (بالثمن مطلقاً) على الأيسر والأعسر لأن كل ذلك من صنيع التجار (لا) يملك (المضاربة)

المضاربة ضمنه، ولو أخر الثمن جاز على رب المال، ولا يضمن، بخلاف الوكيل الخاص لو حط بعض الثمن إن لعيب طعن المشتري فيه، وما حط حصته أو أكثر يسيراً جاز، وإن كان لا يتغابن الناس في الزيادة يصح ويضمن ذلك من ماله لرب المال وكان رأس المال ما بقي على المشتري، ويحرم عليه وطء الجارية ولو بإذن رب المال، ولو تزوجها بتزويج رب المال جاز إن لم يكن في المال ربح وخرجت الجارية عن المضاربة، وإن كان فيه ربح لا يجوز، وليس له أن يعمل ما فيه ضرر ولا ما لا يعمله التجار، وليس لأحد المضاربين أن يبيع أو يشتري بغير إذن صاحبه، ولو اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله يكون مخالفاً وإن قيل له اعمل برأيك، ولو باع بهذه الصفة جاز خلافاً لهما كالوكيل بالبيع المطلق. وإذا اشترى بأكثر من المال كانت الزيادة له ولا يضمن بها؛ الخاط الحكمي، ولو كان المال دراهم فاشترى بغير الأثمان كان لنفسه وبالدنانير للمضاربة لأنهما جنس هنا انتهى. قوله: (والاستئجار) أي استئجار العمال للأعمال والمنازل حفظ الأموال والسفن والدواب كما في الخانية والإيجار كذلك. عبد الحليم. قوله: (فلو استأجر الخ) كان هذا في عرفهم أنه من صنيع التجار، وفي عرفنا ليس هو من صنيعهم فينبغي أن لا يملكه. قوله: (أي قبول الحوالة) هذا ليس معنى الاحتيال، لأن الاحتيال كونه محتالاً وذلك برضا المحيل والمحال عليه والمحال وإنما اقتصر عليه لأنه المقصود هنا ط. قوله: (من صنيع التجار) أي عملهم، وفي بعض النسخ صناع جمع صنعة بمعنى مصنوعة. قوله: (لا يملك المضاربة) هذا إذا كانت المضاربتان صحيحتين. أما إذا كانت إحداهما فاسدة أو كلتاهما فلا يمتنع منه المضارب. قاله سري الدين. وهذا أيضاً إذا كانت مع غير رب المال. أما إذا كانت معه فهي صحيحة كما تقدم عن الإسبيجابي.

قال الصدر الشهيد: التصرفات في المضاربة ثلاثة أقسام:

قسم هو من باب المضاربة وتوابعها فيملكها بمطلق الإيجاب، وهو الإيداع والإبضاع والإجارة والاستئجار والرهن والارتهان وما أشبه ذلك.

وقسم آخر ليس من المضاربة المطلقة لكنه يحتمل أن يلحق بها عند وجود الدلالة، وهو إثبات الشركة في المضاربة بأن يدفع إلى غيره مضاربة أو يخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره فإنه لا يملك هذا بمطلق المضاربة؛ لأن رب المال لم يرض بشركة غيره، وهو أمر زائد على ما تقوم به التجارة فلا يتناوله مطلق عقد المضاربة، لكن يحتمل أن يلحقها بالتعميم.

والشركة والخلط بمال نفسه (إلا بإذن أو اعمل برأيك) إذ الشيء لا يتضمن مثله

وقسم لا يمكن أن يلحق بها، وهو الإقراض والاستدانة على المال لأن الإقراض ليس بتجارة، وكذا الاستدانة على الثالث بل تصرف بغير رأس المال والتوكيل مفيد برأس المال انتهى قوله: (والشركة) لأنها فوقها. قوله: (والخلط بمال نفسه) وكذا بمال غيره كما في البحر: أي لأنه شركة إلا أن تكون معاملة التجار في تلك البلد أن المضاربين يخلطون ولا ينهونهم، فإن غلب التعارف في مثله وجب أن لا يضمن كما في التاترخانية.

وفيها من الثاني عشر: دفع إلى رجل ألفاً بالنصف ثم ألفاً أخرى كذلك فخلط المضارب المالين فهو على ثلاثة أوجه؛ أما إن قال المضارب في كل من المضاربتين اعمل برأيك أو لم يقل فيهما أو قال في إحداهما فقط، وعلى كل فإما أن يكون قبل الربح في المالين أو بعده فيهما أو في أحدهما.

ففي الوجه الأول: لا يضمن مطلقاً.

وفي الثاني: إن خلط قبل الربح فيهما فلا ضمان أيضاً، وإن بعده فيهما ضمن المالين وحصة رب المال من الربح قبل الخلط، وإن بعد الربح في أحدهما فقط ضمن الذي لا ربح فيه.

وفي الثالث: إما أن يكون قوله اعمل برأيك في الأولى أو يكون في الثانية، وكل على أربعة أوجه: إما أن يخلطهما قبل الربح فيهما، أو بعده في الأولى فقط، أو بعده في الثانية فقط، أو بعده فيهما، أو بعده في الثانية؛ فإن قال في الأولى لا يضمن الأولى ولا الثاني فيما لو خلط قبل الربح فيهما اهـ.

قال في مشتمل الأحكام: وفي فتاوى أبي الليث إذا دفع إلى رجل دراهم مضاربة ولم يقل اعمل في ذلك برأيك والحال أن معاملة التجار في تلك البلدة يخلطون الأموال وأرباب الأموال لا ينهونهم عن ذلك وقد غلب التعارف في مثل هذا رجوت أن لا يضمن ويكون الأمر محمولاً على ما تعارفوا. قوله: (إلا بإذن أو اعمل برأيك) وفي القدسي: ربما تفارق المضاربة فيه الوكالة لو قال اعمل برأيك فللمضارب أن يضارب ويقول للثاني اعمل برأيك ويكون للثاني أن يضارب، بخلاف الوكيل الثاني. ومنها لو وام رد عبد بعيب فنكل عن اليمين أنه ما رضي به بقي العبد على المضاربة، بخلاف الوكيل. وفي الأشباه: إذا قال له اعمل برأيك ثم قال له لا تعمل برأيك صح نهيه إلا إذا كان بعد العمل اهـ. قوله: (إذ الشيء لا يتضمن مثله) هذا إنما يظهر علة لنفي المضاربة لا لنفي الشركة منه والخلط، فالأولى أن يقول: ولا أعلى منه، لأن الشركة والخلط أعلى من المضاربة لأنها شركة في أصل المال.

وأورد على قولهم إذ الشيء لا يتضمن مثله المأذون فإنه يأذن لعبده والمكاتب له أن يكاتب والمستأجر له أن يؤجر والمستعير له أن يعير ما لم يختلف بالاستعمال. وأجيب بأن

(و) لا (الإقراض والاستدانة وإن قيل له ذلك) أي اعمل برأيك لأنهما ليسا من صنيع التجار فلم يدخلا في التعميم (ما لم ينص) المالك (عليهما) فيملكهما، وإذا استدان كانت شركة وجوه

هؤلاء يتصرفون بطريق المالكية لا النيابة، والكلام في الثاني. أما المأذون فلأن الإذن فك الحجر ثم بعد ذلك يتصرف العبد بحكم المالكية الأصلية والمكاتب صار حراً يداً والمستأجر والمستعير ملكا المنفعة والمضارب يعمل بطريق النيابة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه ط. بزيادة من الكفاية. قوله: (ولا الإقراض والاستدانة) قال في شرح الأقطع: لا يجوز للمضارب أن يستدين على المضاربة وإن فعل ذلك لم يجز على رب المال، ألا ترى أنه إذا اشترى برأس المال فهلك قبل التسليم يرجع المضارب عليه بمثله، وإذا كان كذلك فرب المال لم يرض أن يضمن إلا مقدار رأس المال؛ فلو جوّزنا الاستدانة لزمه ضمان ما لم يرض به وذلك لا يصح، وإذا لم يصح استدانته على رب المال لزمه الدين خاصة؛ وقد قالوا: ليس للمضارب أن يأخذ سفتجة لأن ذلك استدانة وهو لا يملك الاستدانة، وكذا لا يعطي سفتجة لأن ذلك قرض وهو لا يملك القرض، ولو قال له اعمل برأيك انتهى ط. عن الشلبي مختصراً. وإذا لم تصح الاستدانة لزم الدين خاصة وأطلق الاستدانة فشمل الاستدانة على مال المضاربة والاستدانة على إصلاح مال المضاربة كالاستئجار على حمله أو على قصارته وهو متطوع في ذلك.

وفي القهستاني عن شرح الطحاوي: صورتها كما إذا اشترى سلعة بثمن دين وليس عنده من مال المضاربة شيء من جنس ذلك الثمن، فلو كان عنده من جنسه كان شراء على المضاربة ولم يكن من الاستدانة في شيء، وانظر أن ما عنده إذا لم يوفّ فما زاد عليه استدانة، وقدمنا عن البحر: إذا اشترى بأكثر من المال كانت الزيادة له ولا يضمن بهذا الخلط الحكمي.

وفي البدائع: كما لا تجوز الاستدانة على مال المضاربة لا تجوز على إصلاحه، فلو اشترى بجميع مالها ثياباً ثم استأجر على حملها أو قصرها أو فتلها كان متطوعاً عاقداً لنفسه. ط عن الشلبي، وهذا ما ذكره المصنف بقوله فلو شرى بمال المضاربة ثوباً الخ فأشار بالتفريع إلى الحكمين. قوله: (أي اعمل برأيك) أشار إلى أن اسم الإشارة راجع له خاصة لا له وللإذن، فإن بالإذن الصريح يملك ذلك كما سيقول ما لم ينص عليهما. قوله: (ما لم ينص المالك عليهما) قال في البزازية: وكذا الأخذ بالشفعة لا يملكه إلا بالنص ويملك البيع الفاسد لا الباطل. نقله في الأشباه. قوله: (وإذا استدان كانت شركة الخ) أي استدان بالإذن، وما اشترى بينهما نصفان وكذا الدين عليهما، ولا يتغير موجب المضاربة فربح مالهما على ما شرط. قهستاني.

وحينئذ (فلو اشترى بمال المضاربة ثوباً وقصر بالماء أو حمل) متاع المضاربة (بماله في قد (قيل له ذلك فهو متطوع) لأنه لا يملك الاستدانة بهذه المقالة، وإنما قال بالماء لأنه لو قصر بالنشاء فحكمه كصبغ (وإن صبغه أحمر فشريك بما زاد) الصبغ في

أقول: وشركة الوجوه هي أن يتفقا على الشراء نسيئة ويكون المشتري عليهما أثلاثا أو أنصافا والربح يتبع هذا الشرط، ولو جعلاه مخالفاً ولم يوجد ما ذكر فيظهر لي أن يكون المشتري بالدين للآمر لو للمشتري معيناً أو مجهولاً جهالة نوع وسمي ثمنه أو جهالة جنس وقد قيل له اشتر ما تختاره وإلا فللمشتري كما تقدم في الوكالة، لكن ظاهر المتون أنه لرب المال وربحه على حسب الشرط، ويغتفر في الضمني مالا يغتفر في الصريح، وقوله «كانت شركة» أي بمنزلة شركة الوجوه كما في الهداية.

وصورة الاستدانة أن يشتري بالدراهم شيئاً أو الدنانير بعد ما اشترى برأس المال سلعة أو يشتري بمكيل أو موزون ورأس المال في يده دراهم أو دنانير، لأنه اشترى بغير رأس المال فكان استدانة، بخلاف ما لو اشترى بدنانير ورأس المال في يده دراهم أو بدراهم ورأس المال في يده دنانير، لأن الدراهم والدنانير جنس في الثمنية فلا يكون هذا اشتراء بدين. كذا في شرح الوافي. واستفيد مما ذكره الشارح أن شركة الوجوه لا يلزم فيها الخلو عن المال أصلاً بل أن يشتريا بالنسيئة سواء كان مع ذلك شراء بمال كما هنا أو بالنسيئة فقط. قوله: (وحينئذ) أي حين لا يملك القرض والاستدانة، وكان الأولى تقديمه على. قوله: (ما لم ينص عليهما). قوله: (فلو اشترى) تفريع على عدم جواز الاستدانة كما ذكرنا. قوله: (أو حمل متاع المضاربة) أي أعطى أجرة الحمال من عند نفسه لا بمالها. كذا في أخي جلبي. قوله: (بماله) متعلق بكل من قصر وحمل. قوله: (وقد قيل له ذلك) أي اعمل برأيك. منح. قوله: (فهو متطوع) أي بما زاد فليس له حصته من الثمن. قوله: (لأنه لا يملك الاستدانة بهذه المقالة) وهي اعمل برأيك.

قلت: والمراد بالاستدانة نحو ما قدمناه عن القهستاني: فهذا يملكه إذا نص، أما لو استدان نقوداً فالظاهر أنه لا يصح لأنه توكيل بالاستقراض وهو باطل كما مر في الوكالة.

وفي الخانية من فصل شركة العنان: ولا يملك الاستدانة على صاحبه ويرجع المقرض عليه لا على صاحبه، لأن التوكيل بالاستدانة توكيل بالاستقراض وهو باطل لأنه توكيل بالتكدي، إلا أن يقول الوكيل للمقرض إن فلاناً يستقرض منك كذا فحينئذ يكون على الموكل لا الوكيل انتهى: أي لأنه رسالة لا وكالة كما قدمناه في باب الوكالة، والظاهر أن المضاربة كذلك كما قلنا فليراجع. قوله: (فشريك بما زاد الصبغ) أي والنشاء. والأولى أن يقول فشريك بقدر قيمة الصبغ، حتى لو بيع ينقسم الثمن على قيمة الصبغ

اعمل برأيك كالخلط (و) كان (له حصة) قيمة (صبغه إن بيع وحصة الثوب) أبيض (في مالها) ولو لم يقل اعمل برأيك لم يكن شريكاً بل غاصباً، وإنما قال أحمر لما مر أن السواد نقص عند الإمام فلا يدخل في اعمل برأيك. بحر (ولا) يملك أيضاً (تجاوز بلد

والثوب الأبيض كما يأتي قريباً. قوله: (كالخلط) أي يصير شريكاً به أيضاً، فلا يضمن به لما سلف أنه يملك الخلط بالتعميم، وفي بعض النسخ. قوله: (بالخلط) أي بسبب خلط ماله وهو الصبغ أو الشراء بمال المضاربة وكلاهما صحيح. قوله: (وكان له حصة قيمة صبغه الخ) أي إذا بيع الثياب كان حصة قيمة الصبغ في الثوب للمضارب وحصة الثوب الأبيض في مال المضاربة، قاله أبو الطيب: أي فلو كان الثوب على تقدير أنه أبيض يساوي خمسة، وعلى تقدير كونه أحمر يساوي ستة كان له سدس الثمن وخمسة الأسداس للمضاربة رأس المال لصاحبه والربح بينهما على ما شرطا. قوله: (في مالها) أي مال المضاربة فيجريان فيه على ما اشترطا في الربح. قوله: (بل غاصباً) فيخرج مال المضاربة من أن يكون أمانة فيضمن ويكون الربح له على ما مر، وسيأتي في كتاب الغصب أنه إذا غصب ثوباً فصبغه فالمالك بالخيار، إن شاء ضمنه الثوب أبيض أو أخذ الثوب وأعطاه قيمة الصبغ. قوله: (نقص عند الإمام) وعندهما كالأحمر وهو المفتى به، وقد مر أنه اختلاف زمان لا برهان، وفي زماننا لا يعد نقصاً بل هو من أحسن الألوان فيدخل في اعمل برأيك سائر الألوان كالحمرة. قوله: (ولا يملك أيضاً تجاوز بلد) أشار به إلى أنه لو عين سوقاً من بلد لم يصح التعيين؛ لأن البلد مع تباين أطرافه كبقعة واحدة، إلا إذا صرح بنهي سوق منه أو قال لا تعمل بغير هذا السوق منه فحينئذ يصح كما في الهداية ويأتي قريباً. ثم مجموع صور قيدت المضاربة فيها بالمكان ثمانية: ستة منها يفيد التقييد فيها، واثنتان لا؛ فالذي يقيد ستة وهي دفعت المال إليك مضاربة بكذا في الكوفة أو على أن تعمل به فيها أو لتعمل به فيها أو تعمل به فيها أو خذه تعمل به فيها جزماً أو فاعمل به فيها، واللذان لا يفيدان وهما دفعت إليك مضاربة اعمل به فيها أو واعمل به. والأصل أنه متى عقب بما لا يبتدأ به ويمكن بناؤه على ما قبله يجعل مبنياً عليه كما في الألفاظ الستة، وإن صح الابتداء به لا يبنى على ما قبله ويجعل مبتدأ ومستقلاً كما في اللفظين الأخيرين، وحينئذ تكون الزيادة مشورة، وكان له أن يعمل بالكوفة وغيرها كما في الهندية عن الكافي.

واعترض عليه أن صورة تعمل به بالرفع ينبغي أن تكون مما لا يفيد التخصيص، لأن تعمل كما يحتمل أن يكون حالاً يحتمل أن يكون استئنافاً. وأجيب عنه في الشروح بأجوبة أحسنها أن قوله اعمل بدون الواو لستئناف قطعاً، وبالواو استئناف أو عطف لا

أو سلعة أو وقت أو شخص عينه المالك) لأن المضاربة تقبل التقييد المفيد

يحتمل الحال، لأن الإنشاء لا يقع حالاً صرح به في محله والسوق يقتضي كون تعمل به حالاً وهو الشاهر فيحمل عليه. قوله: (أو سلعة) بأن قال له خذ هذا المال مضاربة على أن تشتري به الطعام مثلاً أو الرقيق كما في المحيط. قوله: (أو وقت) بأن وقت للمضاربة وقتاً بعينه بأن قال له اعمل بالصيف أو الخريف أو الليل كما في القهستاني.

ويمكن أن المراد بالوقت أيضاً توقيتها بمدة سنة مثلاً حتى يبطل العقد بمضيه كما في الهندية عن الكافي. قوله: (أو شخص عينه المالك) بأن قال على أن يشتري به من فلان ويبيع منه صح التقييد، وليس أن يشتري ويبيع من غيره كما في الهندية عن الكافي، لأنه لم يملك التصرف إلا بتفويضه فيتقيد بما فوض إليه، وهذا التقييد مفيد لأن التجارات تختلف باختلاف الأمكنة والأمتعة والأوقات والأشخاص، وكذا ليس له أن يدفعه مضاربة[1] إلى من يخرجه من تلك البلدة لأنه لا يملك أن يتصرف بنفسه في غير هذا البلد فلا يملك أن يستعين بغيره أيضاً. درر.

قال مسكين: لا يتجاوز عما عينه من هذه الأشياء كما لا يتعدى أحد الشريكين في الشركة المقيدة مع شيء فيها، والمراد بالشخص شخص معين، لأنه لو قال على أن تشتري من أهل الكوفة أو قال على أن تعمل في الصرف وتشتري في الصيارفة وتبيع منهم فباع في الكوفة من رجل ليس من أهل الكوفة أو من غير الصيارفة جاز اهـ. فقوله على أن تشتري من أهل الكوفة الخ كذا لو قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لأنه تفسير له أو قال فاعمل به في الكوفة لأن الفاء للوصل، أو قال خذه بالنصف بالكوفة لأن الباء للإلصاق، أو قال خذه مضاربة بالنصف في الكوفة لأن في للظرف وإنما يكون ظرفاً إذا حصل الفعل فيه أو قال على أن تعمل بالكوفة لأن على للشرط فيتقيد به، بخلاف ما لو قال خذ هذا المال واعمل به في الكوفة حيث كان له أن يعمل فيها وفي غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة. زيلعي.

أقول: وهذا معنى التخصيص، وقوله جاز لأن المقصود من هذا الكلام التقييد بالمكان أو بالنوع، حتى لا يجوز له أن يخرج من الكوفة في الأول ويبيع فيها من أهلها أو من غير أهلها، ولا يجوز له أن يعمل في غير الصرف في الثاني ويشتري ويبيع من الصيارفة وغيرهم، لأن التقييد بالمكان والنوع مفيد، ولا يفيد التقييد بأهل الكوفة والصيارفة، لأن كل واحد منهما جمع كثير لا يمكن إحصاؤه. زيلعي. قوله: (لأن المضاربة تقبل التقييد المفيد) أي كما في الشركة. بحر. فأفاد أن الشركة تكون بالأولى في قبول التقييد المفيد.

---

(١) في ط (قوله مضاربة) في نسخة ابضاعة لذا بهامش الأصل.

ولو بعد العقد ما لم يصر المال عرضاً، لأنه حينئذ لا يملك عزله فلا يملك تخصيصه كما سيجيء، قيدنا بالمفيد لأن غير المفيد لا يعتبر أصلاً كنهيه عن بيع الحال. وأما المفيد في الجملة كسوق من مصر، فإن صرح بالنهي صح، وإلا لا.

وفي الذخيرة: لو نهاه عن التصرف والمال عرض فباعه بعرض آخر لا يعمل نهيه، فلو باع بالدراهم يعمل النهي اهـ.

قال وفي الهندية: الأصل أن رب المال متى شرط على المضارب شرطاً في المضاربة، إن كان شرطاً لرب المال فيه فائدة فإنه يصح ويجب على المضارب مراعاته والوفاء به، وإذا لم يف به صار مخالفاً وعاملاً بغير أمره. وإن كان شرطاً لا فائدة فيه لرب المال فإنه لا يصح ويجعل كالمسكوت عنه، كذا في المحيط. قوله: (ولو بعد العقد) قبل التصرف في رأس المال أو بعد التصرف ثم صار المال ناضاً فإنه يصح تخصيصه لأنه يملك عزله فيملك تخصيصه والنهي عن السفر يجري على هذا كما في المنح. قوله: (ما لم يصر المال عرضاً الخ) قيل لعل العلة في ذلك ظهور كون ما اشترى من البضاعة يروج كمال الرواج في بلدة كذا، فإذا ظهر له ذلك فالمصلحة حينئذ في السفر إلى تلك البلدة ليكون الربح أوفر اهـ.

قال في الفتاوى الظهيرية: والأصح أن نهيه عن السفر عامل على الإطلاق اهـ. قوله: (لا يملك عزله) ولا نهيه منح. قوله: (فلا يملك تخصيصه) قدمنا قريباً عن الزيلعي معنى التخصيص. قوله: (كنهيه عن بيع الحال) يعني ثم باعه بالحال بسعر ما يباع بالمؤجل كما في العيني.

وقد يكون في بيع المؤجل ربح وفائدة. منها: أنه يباع بربح أكثر من الحال عادة ولذا تقدم في الوكالة أنه لو أمره بالنسيئة فباع بالنقد جاز إن عين له الثمن، أفاد أنه عند عدم تعيين الثمن لا يجوز لأن النسيئة يكون الثمن أزيد.

قال في الهندية: ولو أمره أن يبيع بالنسيئة ولا يبيع بالنقد فباع بالنقد فهو جائز. قالوا: وهذا إذا باعه بالنقد بمثل قيمته أو أكثر أو بمثل ما سمي له من الثمن، فإن كان بدون ذلك فهو مخالف. كذا في المبسوط. لو قال لا تبعه بأكثر من ألف فباع بأكثر جاز لأنه خير لصاحبه كذا في الحاوي اهـ. وقدمناه قريباً.

أقول: لكن هذا القيد لا يظهر على ما في الشرح من عدم اعتباره أصلاً، ومقتضاه الإطلاق، نعم ذكروا ذلك في تقييد الوكيل كما سمعت وهو مفيد هناك، فيلزم أن لا يبيع بدون الثمن الذي عينه له وهو ثمن النسيئة، فإن باع نقداً بثمنها صح إذ لا يبقى بعده إلا التقييد بالنسيئة وهو غير مفيد بانفراده قطعاً. تأمل. قوله: (فإن صرح بالنهي) مثل لا تبع في سوق كذا. قوله: (صح وإلا لا) وهذا بخلاف ما إذا قال على أن تشتري في سوق

(فإن فعل ضمن) بالمخالفة (وكان ذلك الشراء له) ولو لم يتصرف فيه حتى عاد للوفاق عادت المضاربة، وكذا لو عاد في البعض اعتباراً للجزء بالكل

الكوفة حيث لا يصح التقييد إلى آخر ما قدمناه. قوله: (فإن فعل) أي تجاوز، بأن خرج إلى غير ذلك البلد فاشترى سلعة غير ما عينه أو في وقت غير ما عينه أو بايع أو اشترى مع غير من عينه. قوله: (ضمن بالمخالفة) وهل يضمن بنفس الإخراج؟ الصحيح نعم، لكن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى البلد الذي عينه كما في الهداية. قوله: (وكان ذلك الشراء له) وله ربحه وعليه خسرانه لأنه تصرف في مال غيره بغير أمره. درر: أي لأنه فضولي فيه فينفذ عليه حيث أمكن تنفيذه؛ أما لو باع مال المضاربة مخالفاً لرب المال كان بيعه موقوفاً على إجازته كما هو عقد الفضولي. قال الإتقاني. ولكن يتصدق بالربح عندهما. وعند أبي يوسف: يطيب له أصله المودع إذا تصرف فيها وربح. قوله: (ولو لم يتصرف فيه) أشار إلى أن أصل الضمان واجب بنفس المخالفة لكنه غير قادر إلا بالشراء فإنه على عرضية الزوال بالوفاق. وفي رواية الجامع أنه لا يضمن إلا إذا اشترى، والأول هو الصحيح كما في الهداية قهستاني.

قلت: والظاهر أن ثمرته فيما لو هلك بعد الإخراج قبل الشراء يضمن على الأول لا على الثاني. قوله: (عادت المضاربة) أي لو تجاوز بلداً عينها رب المال أو هم بشراء سلعة غير التي عينها أو في وقت أو مع شخص كذلك ثم عاد للوفاق، بأن رجع للبلد واشترى السلعة التي عينها وانتظر الوقت وعامل مع ذلك الشخص صح تصرفه لعدم المخالفة، ففي قوله (عادت المضاربة) تسامح، لأن العود لا يكون بعد الانصراف والانصراف عن المضاربة بفسخها ولم يوجد ما يقتضيه؛ ولو فسخت لم تعد لأن المفسوخ لا يعود جائزاً بدون عقد جديد. كذا أفاده الرحمتي.

وقد يقال: المراد بالعود الإبراء عن الضمان لأنه أمين خالف ثم عاد إلى الوفاق ورجع مع مال المضاربة على حاله، لأن المال باق في يده بالعقد السابق كما في المنح، وهو يفيد أنه لا يتصور العود إذا خالف في سلعة عينها أو في شخص عينه. نعم يظهر في مخالفته في المكان. تأمل.

وحاصل المعنى: أنه إذا عين له بلداً فتجاوز إلى أخرى خرج المال عن المضاربة خروجاً موقوفاً على شرف الزوال، فإن رجع إلى ما عينه رب المال زال الضمان ورجع إلى الوفاق وبقيت المضاربة على حالها كالمودع إذا خالف في الوديعة ثم ترك فإذا حمل على هذا فلا إشكال. تأمل. قوله: (وكذا لو عاد) أي إلى الوفاق في البعض: أي بعض المال بعد المخالفة في البعض الآخر، فإن ما اشتراه مع المخالفة وقع لنفسه، وما بقي لم تحصل به المخالفة، فإذا عاد إلى الوفاق صح تصرفه فيه، لأن ذلك إذا كان حكم كل المال كان حكم

(ولا) يملك (تزويج قنّ من مالها ولا شراء من يعتق على رب المال بقرابة أو يمين، بخلاف الوكيل بالشراء) فإنه يملك ذلك (عند عدم القرينة) المقيدة للوكالة كالشراء للعتق.

جزئه اعتباراً للجزء بالكل، وحكم ما باعه مع المخالفة حيث إنه عقد فضولي والفضولي يملك الفسخ قبل إجازة المالك كما تقدم؛ فلو عاد فيه إلى الوفاق صح تصرفه فيه لأن الفسخ بعدم البيع.

قال الإتقاني: فإن اشترى ببعضه في غير الكوفة ثم بما بقي في الكوفة فهو مخالف في الأول، وما اشتراه بالكوفة فهو على المضاربة؛ لأن دليل الخلاف وجد في بعضه دون بعضه انتهى. قوله: (ولا يملك تزويج قنّ من مالها) أي لا يملك المضارب تزويج عبد أو أمة من مال المضاربة كالشريك عناناً أو مفاوضة كما في البحر. وعن أبي يوسف أن للمضارب تزويج الأمة لأنه من الاكتساب لأنه يحصل به المهر وإلى سقوط نفقتها، بخلاف تزويج العبد فإن فيه إشغال رقبته في الدين واستحقاق بيعه به. ولهما: أنه ليس من باب التجارة فلا يدخل تحت الإطلاق، لأن لفظ المضاربة يدل على تحصيل المال بطريق التجارة لا بأي طريق كان؛ ألا ترى أنه ليس له أن يكاتب ولا يعتق على مال وإن كان بأضعاف قيمته، على أن في تزويج الأمة خطراً وهو الحمل وعدم الخلاص منه كما في المنح، بخلاف المكاتب حيث يجوز له أن يزوّج الأمة دون العبد لأن الكتابة تقتضي الاكتساب دون التجارة، ولهذا كان له أن يكاتب فيملك تزويج الأمة أيضاً، ونظيرها الأب والوصي حيث يملكان تزويج الأمة والكتابة دون تزويج العبد، لأن تصرفهما مقيد بالنظر للصغير، فمهما كان فيه نظر للصغير فعلاه وما لا فلا. ذكره الزيلعي. قال القهستاني: وفيه إشارة إلى أنه لا يحل للمضارب وطء جارية المضاربة ربح أو لا وأذن به أو لا كما في المضمرات انتهى. قوله: (بقرابة) كأبيه وابنه لكونه مخالفاً للمقصود. قوله: (أو يمين) بأن قال إن ملكته فهو حر، لأن المضاربة إذن بتصرف يحصل به الربح، وهذا إنما يكون بشراء ما يمكن بيعه وهذا ليس كذلك. درر. ونظير المضاربة الشريك شركة عنان أو مفاوضة حتى كان تزويجه الأمة على الخلاف. زيلعي. قوله: (فإنه يملك ذلك) لأن التوكيل مطلق فيجري على إطلاقه.

قال الشمني: والفرق بينه وبين المضارب حيث يصح شراء الوكيل لمن يعتق على الموكل ولا يصير به مخالفاً، أن الوكالة في الوكيل بالشراء مطلقة فتجري على إطلاقها، وفي المضاربة مقيدة بما يظهر فيه الربح بالبيع، فإذا اشترى ما لا يقدر على بيعه خالف انتهى.

وهذا لو وجد في الوكالة أيضاً ما يدل على التقييد بأن قال اشتر لي عبداً أبيعه أو جارية أطؤها كان الحكم كذلك كما ذكره المصنف بقوله (عند عدم القرينة) فلو اشترى من يعتق على رب المال صار مشترياً لنفسه ويضمن لأنه نقد الثمن من مال المضاربة. وعند

عبداً تبيعه أو تستخدمه أو جارية تطؤها (ولا من يعتق عليه) أي المضارب (إذا كان في المال ربح) هو هنا أن تكون قيمة هذه العبيد أكثر من كل رأس المال كما بسطه العيني، فليحفظ.

(فإن فعل) شراء من يعتق على واحد منهما (وقع الشراء لنفسه وإن لم يكن) ربح كما ذكرنا (صح) للمضاربة

مالك لو كان عالماً موسراً ضمن، وإلا فلا. كذا ذكره العيني، ومقتضاه الضمان عندنا مطلقاً موسراً أو لا. قوله: (ولا من يعتق عليه) لأنه يعتق نصيبه ويفسد بسببه نصيب رب المال أو يعتق على الخلاف بين الإمام وصاحبيه. قوله: (إذا كان في المال ربح هو هنا الخ) قال الزيلعي: والمراد من ظهور الربح المذكور أن تكون قيمة العبد المشتري أكثر من رأس المال، سواء كان في جملة مال المضاربة ربح أو لم يكن، لأنه إذا كان قيمة العبد مثل رأس المال أو أقل لا يظهر ملك المضارب فيه بل يجعل مشغولاً برأس المال، حتى إذا كان رأس المال ألفاً وصار عشرة آلاف ثم اشترى المضارب من يعتق عليه وقيمته ألف أو أقل لا يعتق عليه، وكذا كان له ثلاثة أولاد أو أكثر وقيمة كل واحد ألف أو أقل فاشتراهم لا يعتق شيء منهم، لأن كل واحد مشغول برأس المال ولا يملك المضارب منهم شيئاً حتى يزيد قيمة كل عين على رأس المال على حدة من غير ضمه إلى آخر اهـ. لأنه يحتمل أن يهلك منهم اثنان فيتعين الباقي لرأس المال ولعدم الأولوية.

وقال في الفتح: والمراد من الربح هنا أن تكون قيمة العبد المشتري أكثر من رأس المال، سواء كان في جملة مال المضاربة ربح أو لم يكن، حتى لو كان المال ألفاً فاشترى بها المضارب عبدين قيمة كل واحد منهما ألف فأعتقهما المضارب لا يصح عتقه، وأما بالنسبة إلى استحقاق المضارب فإنه يظهر في الجملة ربح، حتى لو أعتقهما رب المال في هذه الصورة صح وضمن نصيب المضارب منهما وهو خمسمائة موسراً كان أو معسراً. كذا في الفتاوى الظهيرية اهـ. وإن لم يظهر ربح بالمعنى المذكور جاز شراؤه لعدم ملكه. بحر. قوله: (كما بسطه العيني) عبارته هي عين التي نقلناها عن الزيلعي في القولة السابقة. قوله: (وقع الشراء لنفسه) لأن الشراء متى وجد نفاذاً على المشتري ينفذ عليه اهـ. منح وضمن في الصورتين.

ففي الوجه الأول: يضمن جميع الثمن إذا دفع من مال المضاربة إذ ليس له فيه من نصيب لعدم ظهور الربح فيه، بخلاف الوجه الثاني حيث يسقط عنه من ثمنه بحسب ما يخصه فيما يظهر فيه من الربح، هذا ما ظهر لي وكأنهم تركوا التنبيه عليه لظهوره اهـ. أبو السعود. قوله: (وإن لم يكن ربح) أي في الصورة الثانية وهي ما إذا اشترى المضارب من يعتق عليه. قوله: (كما ذكرنا) أي من كون قيمته أكثر من رأس المال. قوله: (صح

(فإن ظهر) الربح (بزيادة قيمته بعد الشراء عتق حظه ولم يضمن نصيب المالك) لعتقه لا بصنعه (وسعى) العبد (للمعتق في قيمة نصيب ربّ المال، ولو اشترى الشريك من يعتق على شريكه أو الأب أو الوصي من يعتق على الصغير نفذ على العاقد) إذ لا نظر فيه للصغير (وللمأذون إذا اشترى من يعتق على المولى صح وعتق عليه إن لم يكن مستغرقاً بالدين وإلا لا) خلافاً لهما. زيلعي.

(مضارب معه ألف بالنصف اشترى أمة فولدت

للمضاربة) لعدم المفسد لأنه لا يعتق عليه شيء، إذ لا ملك له فيه لكونه مشغولاً برأس المال فيمكنه أن يبيعه للمضاربة فيجوز. قوله: (فإن ظهر الربح) أي في صورة ما إذا اشترى المضارب من يعتق عليه ولم يكن فيه ربح ظاهر، لأن قيمته لا تزيد على رأس المال ثم غلا سعره أو زادت أوصافه حتى غلت قيمته. قوله: (لعتقه لا بصنعه) لأنه إنما أعتق عند الملك لا بصنع منه بل بسبب زيادة قيمته بلا اختيار فصار كما لو ورثه مع غيره بأن اشترت امرأة ابن زوجها ثم ماتت وتركت هذا الزوج وأخا عتق نصيب الزوج، ولا يضمن شيئاً لأخيها لعدم الصنع منه: درر.

تتمة شري نصفه بمال المضاربة ولا فضل فيه ونصفه بماله صح، لأن هذا النصف لا ربح فيه فلم يثبت العتق فيه، وإنما دخل العتق فيه حكماً لا اشتراه لنفسه فلم يصر مخالفاً. زيلعي عن الكافي. قوله: (وسعى العبد للمعتق الخ) قال في الجوهرة: وولاؤه بينهما على قدر الملك عند أبي حنيفة، وعندهما عتق كله وسعى في رأس المال وحصة رب المال من الربح اهـ. وإنما سعى العبد لأنه احتبست مالية العبد عند العبد فيسعى فيه. عناية. قوله: (من يعتق على الصغير) ومثله المعتوه. حموي. قوله: (إذ لا نظر فيه للصغير) أي في شراء الأب والوصي وهي علة قاصرة، والعلة في الشريك هي المذكورة في المضارب من قصد الاسترباح ط. وأما الشريك فلأن الشركة تتضمن الوكالة والوكيل لا يشتري من يعتق على الموكل عند القرينة كما مر آنفاً والشركة قرينة قصد الربح كالمضاربة. قوله: (وإلا) بأن كان مستغرقاً. قوله: (لا) أي لا يعتق ما اشتراه من قريب المولى عند الإمام. قوله: (خلافاً لهما) وهذا الخلاف مبني على أن المولى هل يملك أكساب عبده المأذون المستغرق بالدين أو لا؟ فعنده لا يملك، وعندهما يملك: أي فيعتق وإن كان المديون مستغرقاً بالدين لماله ورقبته، لأن السيد يملك ما في يده وإن أحاط الدين بذلك، وحينئذ يملك السيد قيمة العبد المعتق لغرماء المديون عندهما، وعند الكل إذا لم يكن مستغرقاً. قوله: (زيلعي) قال: وإن كان فيه دين محيط برقبته وكسبه لا يعتق عنده، وعندهما يعتق بناء على أنه هل يدخل في ملك المولى أم لا اهـ. قوله: (بالنصف) متعلق بمضارب. قوله: (اشترى أمة) أي قيمتها ألف. قوله: (فولدت) أي ووطئها المضارب

وَلَدًا مُسَاوِيًا لَهُ) أي للألف (فَادَّعَاهُ مُوسِرًا فَصَارَتْ قِيمَتُهُ) أي الولد وحده كما ذكرنا (أَلْفًا وَنِصْفَهُ أي خمسمائة) نَفَذَتْ دَعْوَتُهُ لِوُجُودِ الْمِلْكِ بِظُهُورِ الرِّبْحِ الْمَذْكُورِ فَعَتَقَ

فولدت. قوله: (ولداً مساوياً له) أي الولد وحده مساوياً للألف، فلو كانت قيمة الولد أكثر من الألف نفذت دعوته في الحال لظهور الربح فيه. قوله: (فادعاه موسراً) لأن ضمان عتق.

قال منلا مسكين: واعلم أنه قوله «موسراً» ليس بقيد لازم، بل ذكره لأنه لما لم يضمن في الولد مع أنه موسر فلأن لا يضمن إذا كان معسراً أولى اهـ: أي إنما قيد به لنفي الشبهة، وهي أن الضمان بسبب دعوة المضارب وهو الإعتاق فيختلف باليسار والإعسار، فكان الواجب أن يضمن المضارب إذا كان موسراً ومع ذلك لا يضمن، لأن نفوذ العتق معنى حكمي لا صنع للمضارب فيه فلا يجب عليه الضمان لعدم التعدي، إذ لا يجب ضمان العتق إلا بالتعدي كما في أخي جلبي.

والحاصل: أنه لا يضمن لا موسراً ولا معسراً، وإنما قيد به ليعلم أن المعسر لا يضمن بالطريق الأولى. قوله: (كما ذكرنا) أي في قوله (مساوياً له) فالكاف بمعنى مثل خبر صار وألفاً بدل منه أو ألفاً هو الخبر والجار والمجرور قبله حال منه. قوله: (نفذت دعوته) بخلاف ما لو أعتقه فزادت قيمته لأنه إنشاء والدعوة إخبار فتتوقف على ظهور الربح.

فإن قلت: قد ظهر الربح بظهور الولد. قلنا: هذا قول زفر. وأما المذهب فلا يظهر الربح إذا كان رأس المال أجناساً مختلفة كلها منها قدر رأس المال. قال الشيخ أبو الطيب: وإنما لم تنفذ دعوته إلا بعد صيرورة قيمته ألفاً ونصفه، إذ كل واحد منهما رأس المال فلا يظهر الربح، لما عرف أن مال المضاربة إذا صار أجناساً مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال لا يظهر الربح عندنا، خلافاً لزفر، لأن بعضها ليس بأولى من البعض، فإذا كان كذلك لم يكن للمضارب نصيب في الأمة ولا في الولد، وإنما الثابت له مجرد حق التصرف فلا تنفذ دعوته، فإذا زادت قيمة الغلام وصارت ألفاً وخمسمائة ظهر فيه في ذلك الوقت فملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته السابقة فيه لوجود شرطها وهو الملك اهـ. قوله: (فعتق) قال في التبيين: فإذا نفذت دعوته صار الغلام ابناً له وعتق بقدر نصيبه منه وهو ربعه ومن يضمن المضارب حصة رب المال من الولد لأن العتق ثبت بالملك والنسب، فصارت العلة ذات وجهين والملك آخرهما وجوداً فيضاف الحكم وهو العتق إليه، لأن الحكم يضاف إلى الوصف الأخير، أصله وضع القفة على السفينة والقدح الأخير ولا صنع للمضارب في الملك فلا يجب عليه الضمان لعدم التعدي إذ لا يجب ضمان العتق إلا بالتعدي ا هـ مختصراً.

(سمي لرب المال في الألف وربعه) إن شاء المالك (أو أعتقه) إن شاء (ولرب المال بعد قبضه ألفه) من الولد (تضمين المدعي) ولو معسراً لأنه ضمان تملك (نصف قيمتها) أي الأمة لظهور نفوذ دعوته فيها ويحمل على أنه تزوجها ثم اشتراها حبلى

قال صاحب الكافي: سفينة لا تحمل إلا مائة من فأوقع فيها رجل مناً زائداً على المائة فغرقت كان الضمان كله عليه اهـ. والقدح الأخير المسكر هو المحرم: أي على قول الإمام دون ما قبله، وإن كان المفتى به قول محمد أن ما أسكر كثيره فقليله حرام ط. قوله: (سمي) حيث زاد الشارح نقلت يحتاج إلى واو العطف هنا بأن يقول وسمي عطفاً على جواب المسألة التي زادها الشارح. قوله: (في الألف وربعه) أي سمي الولد لرب المال في الألف وربعه وهو مائتان وخمسون لأن الألف مستحق له برأس المال ومائتان وخمسون نصيبه من الربح، فإذا قبض منه ألف درهم صار مستوفياً لرأس ماله وظهر أن الأم كلها ربح لفراغها عن رأس المال فكانت بينهما نصفين ونفذ فيها دعوة المضاربة وصارت كلها أم ولد له، ويجب نصف قيمتها لرب المال موسراً كان أو معسراً لأنه ضمان التملك، وهو لا يختلف باليسار والإعسار ولا يتوقف على التعدي، بخلاف ضمان الإعتاق فإنه ضمان الإفساد فلا يجب عليه بغير تعد ولا على معسر. عيني.

فإن قيل: لم لم يجعل المقبوض من الولد من الربح وهو ممكن بأن يجعل الولد كله ربحاً والجارية مشغولة برأس المال على حالها؟ قلنا: المقبوض من جنس رأس المال فكان أولى بجعله رأس المال ولأن رأس المال مقدم على الربح، إذ لا يسلم له شيء من الربح إلا بعد سلامة رأس المال لرب المال، فكان جعله به أولى بعد وصوله إلى يده اهـ. تبيين. قوله: (أو أعتقه إن شاء) أي رب المال لكونه قابلاً للعتق، فإن المستسعى كالمكاتب. عناية. فيكون لرب المال الخيار إن شاء استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين وإن شاء أعتقه. قوله: (بعد قبضه ألفه من الولد) أي ولو حكماً كما لو أعتقه، فإن بإعتاقه يصير قابضاً حكماً، إنما شرط قبض رب المال الألف من الغلام حتى تصير الجارية أم ولد للمضارب لأنها مشغولة برأس المال، فإذا قبضه من الغلام فرغت عن رأس المال وصارت كلها ربحاً فظهر فيها ملك المضارب فصارت أم ولد له. زيلعي. قوله: (تضمين المدعي) وهو المضارب. قوله: (لأنه ضمان تملك) وهو لا يختلف باليسار والإعسار ولا يتوقف على التعدي زيلعي، بخلاف ضمان الولد لأنه ضمان عتق وهو يعتمد التعدي ولم يوجد. قوله: (لظهور) أي وفرع نفوذ دعوته صحيحة ظاهراً فيها بظهور ملكه فيها. قوله: (ويحمل على أنه تزوجها الخ) بأن يحمل أن البائع زوّجها منه ثم باعها منه وهي حبلى حملاً لأمره على الصلاح، لكن لا تنفذ هذه الدعوى لعدم الملك وهو شرط فيها، إذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال فلا يظهر الربح فيه، لما عرف أن مال المضاربة إذا

منه، ولو صارت قيمتها ألفاً ونصفه صارت أم ولد وضمن للمالك ألفاً وربعه لو موسراً، فلو معسراً فلا سعاية عليها لأن أم الولد لا تسعى، وتمامه في البحر. والله أعلم.

صار أجناساً مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال لا يظهر الربح عندنا، لأن بعضها ليس بأولى به من البعض، فحينئذ لم يكن للمضارب نصيب في الأمة ولا في الولد، وإنما الثابت له مجرد حق التصرف فلا تنفذ دعوته، فإذا زادت قيمته وصارت ألفاً وخمسمائة ظهر الربح وملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته السابقة لوجود شرطها وهو الملك فصار ابنه وعتق بقدر نصيبه منه وهو سدسه، ولم يضمن حصة رب المال من الولد، لأن العتق ثبت بالملك والنسب فصارت العلة ذات وجهين والملك آخرهما وجوداً فيضاف العتق إليه ولا صنع له في الملك فلا ضمان لعدم التعدي، فلذا اختار الاستسعاء استسعاه في ألف رأس ماله وفي سدسه نصيبه من الربح، فإذا قبض الألف صار مستوفياً لرأس ماله وظهر أن الأم كلها ربح بينهما نصفين ونفذ فيها دعوة المضارب وصارت كلها أم ولد له، لأن الاستيلاد إنما صادف محلاً يحتمل النقل لا يتجزأ إجماعاً ويجب نصف قيمتها لرب المال. هذا حاصل ما تقدم في هذه المسألة. قوله: (منه) تنازع فيه كل من تزوجها واشتراها. قوله: (وضمن للمالك ألفاً الخ) لأنها لما زادت قيمتها ظهر فيها الربح وملك المضارب بعد الربح فنفذت دعوته فيها، ويجب عليه لرب المال رأس ماله وهو ألف، ويجب عليه أيضاً نصيبه من الربح وهو مائتان وخمسون، فإذا وصل إليه ألف درهم استوفى رأس المال وصار الولد كله ربحاً فيملك المضارب منه نصفه فيعتق عليه، وما لم يصل الألف إليه فالولد رقيق على حاله على نحو ما ذكرنا في الأم، وبهذا علم أنها مسألة مستقلة موضوعها أنه لم يقبض الألف من الغلام، فتدبر. وقوله (ولو موسراً) كذا وقع في البحر.

والذي يستفاد من كلامهم أن الضمان عليه مطلقاً، لأنه ضمان تملك فصار ذلك الضمان ببدل، والضمان إنما كان ببدل يستوي فيه اليسار والإعسار، ويدل عليه قول المؤلف فلا سعاية عليها لأنه لا يضيع على المالك حقه، وما لم يصل إلى رب المال رأس ماله فالولد رقيق، والمالك أطلقه العيني، وحينئذ. فقوله: (لو موسراً) لا مفهوم له: لأنه لو كان معسراً فكذلك وتقدم أيضاً ما يفيده. قوله: (وتمامه في البحر) قال فيه: ولو لم تزد قيمة الولد على ألف وزادت قيمة الأم حتى صارت ألفاً وخمسمائة صارت الجارية أم ولد للمضارب ويضمن لرب المال ألفاً ومائتين وخمسين إن كان موسراً، وإن كان معسراً فلا سعاية عليها لأن أم الولد لا تسعى، وما لم يصل إلى رب المال رأس ماله فالولد رقيق ثم يأخذ منه مائتين وخمسين هل أنه نصيبه من الربح، ولو زادت قيمتها عتق الولد وصارت

باب المضارب يضارب

لا ما وجب لما قدم المفردة شرع في المركبة فقال (ضارب المضارب) آخر (بلا إذن) المالك (لم يضمن بالدفع ما لم يعمل الثاني ربح) الثاني (أولا) عن الظاهر، لأن

الجارية أم ولد له لأن الربح ظهر في كل واحد منهما ويأخذ رأس المال من المضارب لا ما وجب عليه[1] أيسر المالين لأنه معجل وهو موسر والسعاية مؤجلة والعبد معسر، ويأخذ منه أيضاً ما بقي من نصيبه من الربح ويضمن أيضاً نصف عقرها، لأنه لما استوفى رأس المال ظهر أنه ربح لأن عقر مال المضاربة يكون للمضاربة، ويسمى الكلام في نصيب رب المال ويسقط عنه نصيب المضارب اهـ مع إصلاح من عبارة الزيلعي. أما قوله ويضمن الخ تقدم أنه يحمل على الاستيلاد بالنكاح فكيف يجب العقر. كذا بخط الحلبي نقلاً عن قارىء الهداية. والله تعالى أعلم، وأستغفر الله العظيم.

بابُ المُضارِب يُضارِبُ

يصح في باب التنوين وعدمه على أنه مضاف للمضارب، وجملة يضارب حال من المضارب أو صفة؛ لأن المضارب بمنزلة النكرة إذ الألف واللام فيه للجنس، وهذا على جعلهما متضايفين؛ أما على التنوين فالظاهر أن جملة يضارب خبر المضارب. والمعنى أن المضارب تقع منه المضاربة. ويرد على الحالية أن الحال لا يجيء من المضاف إلا في صور ثلاث وليس هذا منها. ويرد على القطع أن المضارب ممنوع منها إلا بإذن، والباب معقود للمضارب خاصة. فتأمل ط. بزازية. قوله: (لما قدم المفردة شرع في المركبة) لأن المركب يتلو المفرد طبعاً فكذا وضعاً. حموي.

ورده قاضي زاده بأن مضاربة المضارب وإن كانت بعد مضاربة رب المال إلا أنها مفردة أيضاً غير مركبة من المضاربتين؛ ألا يرى أن الثاني يتلو الأول ولكنه ليس بمركب من الأول ومن نفسه قطعاً، وإنما المركب منهما الاثنان. واستوجه في المناسبة ما في النهاية ومعراج الدراية حيث قالا: لما ذكر حكم المضاربة الأولى ذكر في هذا الباب حكم المضاربة الثانية، إذ الثانية تتلو الأولى أبداً فكذا بيان حكمها اهـ ط. قوله: (بلا إذن) أي أو تفويض بأن لم يقل له رب المال اعمل برأيك، لأنه إذا قال له ذلك يملك أن يضارب حينئذ اهـ. شلبي: أي لأن المضارب لا يملك أن يضارب إلا بإذن رب المال. قوله: (عن الظاهر) أي ظاهر الرواية عن الإمام وهو قولهما. وفي رواية الحسن عنه: لم يضمن ما لم يربح لأنه يملك الإبضاع فلا يضمن بالعمل ما لم يربح، فإذا ربح فقد ثبت له شركة في المال فيصير كخلط مالها بغيره فيجب الضمان.

وجه ظاهر الرواية: أن الربح إنما يحصل بالعمل فيقام سبب حصول الربح مقام

---

(1) في ط (قوله لا ما وجب عليه الخ) كذا بالأصل.

الدفع إيداع وهو يملكه، فإذا عمل تبين أنه مضاربة فيضمن إلا إذا كانت الثانية فاسدة فلا ضمان وإن ربح، بل للثاني أجر مثله على المضارب الأول، وللأول الربح المشروط (فإن ضاع) المال (من يده) أي يد الثاني (قبل العمل) الموجب للضمان (فلا ضمان) على أحد (وكذا) لا ضمان (لو غصب المال من الثاني و) إنما (الضمان على الغاصب فقط) ولو استهلكه الثاني أو وهبه

حقيقة حصوله في صيرورة المال مضموناً به، وهذا إذا كانت المضاربة الثانية صحيحة، فإذا كانت فاسدة لا يضمن الأول وإن عمل الثاني لأنه أجير فيه والأجير لا يستحق شيئاً من الربح فلا تثبت الشركة له، بل له أجر مثله على المضارب الأول وللأول ما شرط له من الربح اهـ. منح. قوله: (فإذا عمل تبين أنه مضاربة فيضمن) لأنه حصل العمل في المال على وجه لم يرض به المالك فتحقق الخلاف فوجب الضمان، فجعل الأمر مراعى: أي موقوفاً قبل العمل حتى إذا عمل الثاني وجب الضمان، وإلا فلا ط.

فإن قلت: إنه بالعمل مستبضع ولا تظهر المخالفة إلا بظهور الربح، يجاب بأنه لم يعمل مجاناً حتى يكون مستبضعاً بل عمل على طمع الأجر وهو ما شرط له من الربح فتحصل المخالفة بمجرد العمل فيوجد سبب الضمان. قوله: (إلا إذا كانت الثانية فاسدة) قال في البحر: وإن كانت إحداهما فاسدة أو كلاهما فلا ضمان على واحد منهما، وللعامل أجر المثل على المضارب الأول ويرجع به الأول على رب المال، والوضيعة على رب المال والربح بين الأول ورب المال على الشرط بعد أخذ الثاني أجرته إذا كانت المضاربة الأولى صحيحة فللأول أجر مثله اهـ: أي لأنه حينئذ يكون الثاني أجيراً والمضارب له أن يستأجر.

قال في التبيين: هذا إذا كانت المضاربتان صحيحتين. وأما إذا كانت إحداهما فاسدة أو كلتاهما فلا ضمان على واحد منهما، لأنه إن كانت الثانية هي الفاسدة صار الثاني أجيراً، وللأول أن يستأجر من يعمل في المال، وإن كانت هي الأولى فكذلك، لأن فسادها يوجب فساد الثانية، لأن الأولى لما فسدت صارت إجارة وصار الربح كله لرب المال، ولو صحت الثانية في هذه الحالة لصار الثاني شريكاً، وليس للأجير أن يشارك غيره فكانت فاسدة بالضرورة وكانا أجيرين، وكذا إذا كانتا فاسدتين، وإذا كانا أجيرين لا يضمن واحد منهما إلا بتصرف ما.

والحاصل: أن صحة الثانية فرع عن صحة الأولى، فلا تصح الثانية إلا إذا كانت الأولى صحيحة، فاشتراط صحة الثانية اشتراط لصحة الأولى. قوله: (على المضارب الأول) ويرجع به الأول على رب المال. قوله: (وللأول الربح المشروط) يعني والربح بين الأول ورب المال على الشرط بعد أخذ الثاني أجرته إذا كانت المضاربة الأولى صحيحة، وإلا فللأول أجر مثله أيضاً وربح كله لرب المال كما ذكرنا. قوله: (ولو استهلكه الثاني)

فالضمان عليه خاصة (فإن عمل) حتى ضمنه (خير ربّ المال: إن شاء ضمن المضارب الأول رأس ماله، وإن شاء ضمن الثاني) وإن اختار أخذ الربح ولا يضمن ليس له ذلك. بحر (فإن أذن) المالك (بالدفع ودفع بالثلث وقد قيل) للأول (ما

قال الإتقاني: والحاصل أنه لا ضمان على واحد منهما قبل عمل الثاني في ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة، وإذا عمل الثاني في المال إن عمل عملاً لم يدخل تحت المضاربة بأن وهب المضارب الثاني المال من رجل أو استهلكه فالضمان على الثاني دون الأول، وإن عمل عملاً دخل تحت المضاربة بأن اشترى بالمال شيئاً: فإن ربح فعليهما الضمان، وإن لم يربح فلا ضمان على واحد منهما في ظاهر الرواية اهـ. وفيه تأمل ط. قوله: (فالضمان عليه خاصة) والأشهر الخيار فيضمن أيهما شاء كما في الاختيار. قوله: (فإن عمل حتى ضمنه) حتى للتفريع، فإن الضمان مرتب بالعمل فقط وضمن بالبناء للمجهول فإن الضمان مرتبط بالعمل فقط. قوله: (خير ربه المال) قال في التبيين: ثم رب المال بالخيار، إن شاء ضمن الأول رأس ماله لأنه صار غاصباً بالدفع إلى غيره بغير إذنه، وإن شاء ضمن الثاني لأنه قبض مال الغير بغير إذن صاحبه، فإن ضمن الأول صحت المضاربة بين الأول والثاني والربح بينهما على ما شرطا لأنه بأداء الضمان ملكه من وقت خالف، فصار كما لو دفع مال نفسه مضاربة إلى الثاني، وإن ضمن الثاني يرجع بما ضمن على الأول لأنه التزم له سلامة المقبوض له عن الضمان، فإذا لم يسلم رجع عليه بالمخالفة إذ هو مغرور من جهته كمودع الغاصب وصحت المضاربة بينهما؛ لأنه لما كان قرار الضمان عليه ملك المدفوع مستنداً إلى وقت التعدي، فتبين أنه دفع مضاربة ملك نفسه ويكون الربح بينهما على ما شرطا لصحة المضاربة ويطيب للثاني ما ربح لأنه يستحقه بالعمل ولا خبث في عمله، ولا يطيب للأول لأنه يستحقه برأس المال وملكه فيه ثبت مستنداً فلا يخلو عن شبهة فيكون سبيله التصدق اهـ. لأن الثابت بالاستناد ثابت من وجه دون وجه فلا يثبت الملك من كل وجه فيتمكن الخبث في الربح فلا يطيب اهـ. إتقاني

وفي البحر: ولو دفع الثاني مضاربة إلى ثالث وربح الثالث أو وضع فإن قال الأول للثاني اعمل فيه برأيك فلرب المال أن يضمن: أي الثلاثة شاء، ويرجع الثالث على الثاني والثاني على الأول، والأول لا يرجع على أحد إذا ضمنه رب المال، وإلا لا ضمان على الأول وضمن الثاني والثالث. كذا في المحيط. قوله وإلا لا ضمان على الأول. أي إن لم يقل الأول للثاني اعمل فيه برأيك. قوله: (وإن شاء ضمن الثاني) فيه إشعار بأنه إذا ضمن يرجع على الأول ويطيب الربح له دون الأول لأنه ملكه مستنداً. قهستاني. قوله: (ليس له ذلك) لأن المال بالعمل صار غصباً وليس للمالك إلا تضمين البدل عند ذهاب العين المغصوبة، وليس له أن يأخذ الربح من الغاصب. كذا ظهر لي ط. قوله: (فإن أذن)

رزق الله فبيننا نصفان، فللمالك النصف) عملاً بشرطه (وللأول السدس الباقي وللثاني الثلث) المشروط.

(ولو قيل ما رزقك الله بكاف الخطاب) والمسألة بحالها (فللثاني ثلثه والباقي بين الأول والمالك نصفان) باعتبار الكاف فيكون لكل ثلث (ومثله ما ربحت من شيء أو ما كان لك فيه من ربح ونحو ذلك) وكذا لو شرط للثاني أكثر من الثلث أو أقل فالباقي بين المالك والأول.

(ولو قال له ما ربحت بيننا نصفان ودفع بالنصف فللثاني النصف واستويا فيما بقي) لأنه لم يربح سواه.

(ولو قيل ما رزق الله فلي نصفه أو ما كان من فضل الله فبيننا نصفان فدفع

مفهوم قوله بلا إذن. قوله: (عملاً بشرطه) لأنه شرط نصف جميع الربح له. قوله: (الباقي) أي الفاضل عما اشترطه للثاني، لأن ما أوجبه الأول له ينصرف إلى نصيبه خاصة، إذ ليس له أن يوجب شيئاً لغيره من نصيب المالك، وحيث أوجب للثاني الثلث من نصيبه وهو النصف يبقى له السدس.

قال في البحر: وطلب الربح للجميع لأن عمل الثاني عمل عن المضارب كالأجير المشترك إذا استأجر آخر بأقل مما استؤجر. قوله: (وللثاني الثلث المشروط) لأن الدفع الثاني صحيح لأنه بأمر المالك وقد شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله وجعل الأول للثاني ثلثه فينصرف ذلك إلى نصيبه إلى آخر ما تقدم، وكان المناسب أن يقول من كل المال عوضاً عن قوله الباقي. قوله: (والباقي بين الأول والمالك نصفان) لأن رب المال هنا شرط أن يكون ما رزق الله المضارب الأول بينهما نصفين والمرزوق للأول هو الثلثان، لأن الثلث استحقه الثاني بشرط الأول وهو مأذون له، فلم يكن من رزق الأول إلا الثلثان فيكون ذلك بينهما نصفين ويطيب لهم بلا شبهة أيضاً. عيني. قوله: (باعتبار الكاف) أي في قوله ما رزقك فقد جعل المناصفة فيما رزق المضارب الأول وهو لم يرزق إلا الثلثين فينصفان. قوله: (ونحو ذلك) كما كان لك من فضل الله أو النماء أو الزيادة. قوله: (ولو قال له) أي رب المال للمضارب. قوله: (واستويا فيما بقي) لأن الأول شرط للثاني النصف وشرطه صحيح لأنه بإذن المالك واستويا فيما بقي وهو النصف، لأن رب المال لم يشترط لنفسه هنا إلا نصف ما ربحه الأول ولم يربح الثاني الأول إلا النصف والنصف الآخر صار للثاني بشرطه فلم يكن من ربح الأول. عيني.

أقول: لا فرق بين هذه والتي تقدمت إلا من حيث اشتراط المضارب الثاني، فإن في الأول شرط له الثلث فكان ما بقي بينهما، وفي الثانية شرط له النصف فكان النصف

بالنصف فللمالك النصف وللثاني كذلك ولا شيء للأول) لجعله ماله للثاني.

(ولو شرط) الأول **(للثاني ثلثيه)** والمسألة بحالها **(ضمن الأول للثاني سدساً)** بالتسمية لأنه التزم سلامة الثلثين **(وإن شرط)** المضارب **(للمالك ثلثه و)** شرط **(لعبد المالك ثلثه)**. وقوله: **(على أن يعمل معه)**

الباقي بينهما. كذا في بعض الحواشي. قوله: **(ولا شيء للأول)** لأن قول رب المال ما رزق الله أو ما كان من فضل ينصرف إلى جميع الربح فيكون له النصف من الجميع وقد شرط المضارب الأول للثاني جميع الربح فلم يبق للأول شيء. عيني. قوله: **(ضمن الأول للثاني سدساً)** لأن رب المال شرط لنفسه النصف من مطلق الربح فله ذلك واستحق المضارب الثاني ثلثي الربح بشرط الأول؛ لأن شرطه صحيح لكونه معلوماً، لكن لا ينفذ في حق رب المال، إذ لا يقدر أن يغير شرطه فيغرم له قدر السدس لأنه ضمن له سلامة الثلثين بالعقد لأنه غره في ضمن عقد المضاربة. عيني. قوله: **(لأنه التزم سلامة الثلثين)** قال في الدرر لأنه شرط للثاني شيئاً هو مستحق للمالك وهو السدس فلم ينفذ في حق المالك ووجب عليه الضمان بالتسمية لأنه التزم السلامة، فإذا لم يسلم رجع عليه كمن استأجر رجلاً ليخيط له ثوباً بدرهم فاستأجر الأجير رجلاً آخر ليخيط بدرهم ونصف فإنه يضمن له زيادة الأجر اهـ. قوله: **(وشرط لعبد المالك)** التقييد بعبد المالك ليس للاحتراز لأن عبد المضارب كذلك. وقيل التقييد به لدفع توهم أن يده للمولى فلم يحصل التخلية وعليه كلام الدرر. وقيل لما فيه خلاف بين أصحاب الشافعي والحنبلي وغيرهما لا لأحد، وعبد المالك وعبد المضارب سواء في جواز الشرط والمضاربة لو شرط العمل، وإن لم يشترط ففي عبد المالك كذلك، وفي عبد المضارب كذلك عندهما، وعلى قول أبي حنيفة لم يصح الشرط ويكون المشروط لرب المال كما لم يصح الشرط لأجنبي أو لمن لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال له فيكون المشروط لرب المال. هذه زبدة ما في الذخيرة والبيانية.

قال في البحر: قيد بعبد رب المال لأن عبد المضارب لو شرط له شيء من الربح ولم يشترط عمله لا يجوز ويكون ما شرط له لرب المال إذا كان على العبد دين، وإلا لا يصح سواء شرط عمله أو لا ويكون للمضارب. وقيد بكون العاقد المولى؛ لأنه لو عقد المأذون له عقدها مع أجنبي وشرط عمل مولاه لا يصح إن لم يكن عليه دين، وإلا صح كما يأتي، وشمل قوله العبد ما لو شرط للمكاتب بعض الربح فإنه يصح، وكذا لو كان مكاتب المضارب لكن بشرط أن يشترط عمله فيهما وكان المشروط للمكاتب له لا لمولاه، وإن لم يشترط عمله لا يجوز، وعلى هذا غيره من الأجانب فتصح المضاربة وتكون لرب المال ويبطل الشرط اهـ. وسيأتي الكلام فيه. والمرأة والولد كالأجانب هنا. كذا في

عادي وليس بقيد (و) شرط (لنفسه ثلثه صح) وصار كأنه اشترط للمولى ثلثي الربح. كذا في عامة الكتب وفي نسخ المتن والشرح هنا خلط، فاجتنبه.

(ولو عقدها المأذون مع أجنبي وشرط) المأذون (عمل مولاه لم يصح إن لم يكن) المأذون (عليه دين) لأنه كاشتراط العمل على المالك (والأصح) لأنه حينئذ لا يملك كسبه (واشتراط عمل رب المال مع المضارب مفسد) للعقد لأنه يمنع التخلية

النهاية. وقيد باشتراط عمل العبد لأن اشتراط عمل رب المال مع المضارب مفسد لها كما سيأتي. قوله: (عادي) أي اشتراط عمل العبد عادي، فإن العادة في نحو ذلك أن يكون العبد معيناً في العمل فهو اتفاقي لا احترازي. قوله: (وليس بقيد) أي للصحة، إذ لو اشترط له الثلث ولم يشترط عمله صح ويكون لمولاه، لكن فائدة اشتراط عمله تظهر في أخذ غرمائه ما شرط له حينئذ، وإلا فليس لهم بل للمولى.

قال الزيلعي: وهذا ظاهر لأنه باشتراط عمله صار مضارباً في مال مولاه فيكون كسبه له فيأخذه غرماؤه، وإلا فهو للمولى الخ. واستفيد منه أنه إنما اشترط عمله فلم يعمل لم يكن للغرماء بل للمولى لأنه حيث لم يعمل لم يكن من كسبه. أبو السعود. قوله: (صح) أي تقسيم الربح وشرط عمل العبد، وعلة الأول ما ذكره المؤلف، وعلة الثاني أن العبد أهل أن يضارب في مال مولاه، وللعبد يد حقيقة ولو كان محجوراً حتى يمنع السيد عن أخذ ما أودعه عبده المحجور، والعبد هنا صار مأذوناً باشتراط العمل عليه فلا يد لمولاه بعد تسليم المال إليه فصحت المضاربة. زيلعي. قوله: (وفي نسخ المتن والشرح هنا خلط) أي في تعبيره للمالك بثلثين أو في تعبيره في بعض النسخ بالثاني، أما نسخ المتن فقد رأيت في نسخة منه: ولو شرط للثاني ثلثيه ولعبد المالك ثلثه على أن يعمل معه ولنفسه ثلثه صح اهـ. وهو فاسد كما ترى لعدم اجتماع أثلاث أربعة ولعدم وجود مضارب ثان في المسألة.

وأما الشرح فنصه: وقوله على أن يعمل معه عادي وليس بقيد بل يصح الشرط ويكون لسيده، وإن لم يشترط عمله لا يجوز اهـ. فإن الصواب حذف قوله لا يجوز لما علمت من العبارة السابقة اهـ حلبي بإيضاح ط.

أقول: وسبق الشارح إلى التنبيه على ذلك محشي المنح العلامة الخير الرملي. قوله: (إن لم يكن عليه دين) أي مستغرق لماله ورقبته لأنه به يخرج المال عن ملك سيده، وهذا عند الإمام كما تقدم ويأتي، لأن المولى لا يملك كسب عبده المديون فصار من أهل أن يعمل في مال المضاربة. وعندهما: يملك سيده ما في يده، وإن أحاط دينه بماله ورقبته فينبغي أن لا يصح اشتراط العمل على المولى عندهما مطلقاً، فليراجع. قوله: (لا يملك كسبه) فصار السيد من أهل أن يعمل في مال المضاربة وهذا على الخلاف كما سمعت. قوله: (واشتراط عمل رب المال مع المضارب مفسد الخ) لأن المضاربة لا بد فيها من عمل

فيمنع الصحة (وكذا اشتراط عمل المضارب مع مضاربه أو عمل ربّ المال مع) المضارب (الثاني) بخلاف مكاتب شرط عمل مولاه كما لو ضارب مولاه.

(ولو شرط بعض الربح للمساكين أو للحج أو في الرقاب) أو لامرأة المضارب أو مكاتبه صح العقد (ولم يصح الشرط ويكون) المشروط (لرب المال. ولو شرط البعض لمن شاء المضارب، فإن شاءه لنفسه أو لرب المال صح) الشرط (وإلا) بأن شاءه لأجنبي (لا) يصح. ومتى شرط البعض لأجنبي إن شرط عليه عمله صح

المضارب، ولا يمكنه العمل مع عدم التخلية وهي العلة في المسألة الثانية والثالثة، وهذه المسألة كالتعليل لما قبلها فكان الأولى تقديمها وتفريع الأول عليها. قوله: (بخلاف مكاتب شرط عمل مولاه) أي إذا دفع المكاتب مال مضاربة لآخر وشرط عمل مولاه فيها فإنه لا يفسد مطلقاً، سواء كان عليه دين أو لا، لأنه لا يملك إكسابه لأنه يعامل معاملة الأحرار فيما في يده، فإن عجز قبل العمل ولا دين عليه فسدت كما في البحر وكان الأنسب ذكره بعد مسألة المأذون. قوله: (كما لو ضارب مولاه) فإنه يصح لما قلنا. قوله: (أو في الرقاب) أي فكها من أسر الرقّ وفساد الشرط في الثلاثة لعدم اشتراط العمل كما سيظهر. قوله: (أو لامرأة المضارب أو مكاتبه الخ) لكن عدم صحة الشرط في هذين إذا لم يشترط عملهما كما سيشير إليه بقوله ومتى شرط لأجنبي الخ، ومر عن النهاية أن المرأة والولد كالأجنبي هنا.

وفي التبيين: ولو شرط بعض الربح لمكاتب رب المال أو المضارب إن شرط عمله جاز وكان المشروط له لأنه صار مضارباً، وإلا فلا، لأن هذا ليس بمضاربة، وإنما المشروط هبة موعودة فلا يلزم؛ وعلى هذا غيره من الأجانب إن شرط له بعض الربح وشرط عمله عليه صح، وإلا فلا. قوله: (ولم يصح الشرط) وما في السراجية من الجواز فيما إذا شرط ثلث الربح لامرأة المضارب أو مكاتبه أو للمساكين أو في الرقاب أو الحج محمول على جواز عقد لا الشرط، ويكون ذلك لرب المال، فلا يخالف ما هنا ولا يحتاج إلى ما وجهه العلامة أبو السعود من أن المسألة خلافية؛ لأنه لم يقف على هذا التوفيق هو ولا شيخه فجعل المسألة ذات خلاف، وعلى عدم الشرط في امرأة المضارب ومكاتبه إذا لم يشترط عملهما. قوله: (ويكون المشروط لرب المال) لأنه لما بطل الشرط كان الربح تبعاً لأصله وهو رأس المال وهو لرب المال، فكذا ربحه. قوله: (لا يصح) حيث لم يشرط عمله فوافق ما بعده. قوله: (إن شرط عليه عمله صح) أي الاشتراط كالعقد. قوله: (وإلا لا) أي إن شرط البعض للأجنبي ولم يشترط عمله لا يصح الاشتراط ويكون لرب المال، أما العقد فصحيح.

واستفيد من هذا الشرط أنه لا يشترط المساواة بين المضاربين في المال الواحد، لأنه

الشرط، وإلا لا، لكن في القهستاني أنه يصح مطلقاً. والمشروط للأجنبي إن شرط عمله وإلا فللمالك أيضاً، وعزاه للذخيرة خلافاً للبرجندي وغيره، فتنبه.

ولو شرط البعض لقضاء دين المضارب أو دين المالك جاز ويكون للمشروط له قضاء دينه،

أطلق البعض فشمل ما إذا كان مثل ما شرط للمضارب أو أقل أو أكثر، لأن أحدهما قد يكون أهدى للعمل أو فيه مرجح آخر كما في الشركة.

والحاصل: أن ما شرط لثالث إن كان يرجع إلى المضارب جاز ويكون للمضارب كاشتراطه لعبده غير المديون وإلا فهو لرب المال. والفرق أن شرط الربح لعبده كالشرط له فيصح له. بخلاف الشرط لزوجته ونحوها لأنه لا يثبت الملك له لأن الزوجة والولد كالأجنبي هنا كما قدمناه، وفهم هذا من قول القهستاني، وفيه إشارة إلى أنه إن شرط شيء لعبد المضارب أو لأجنبي ليعمل مع المضارب صح والمشروط للمضارب: يعني في الأولى وللأجنبي: يعني في الثانية، وإلى أنه لو لم يشترط عمل أحد منهم صح العقد والمشروط للمالك سواء كان على العبد دين أو لا، وتمامه في الذخيرة. فلبت الشارح سلك هذا النظام ولم يغير التحرير والبيان. قوله: (لكن في القهستاني) لا محل للاستدراك مع هذا التقرير، لأن قوله (يصح مطلقاً) أي عقد المضاربة صحيح سواء شرط عمل الأجنبي أو لا، غير أنه إن شرط عمله فالمشروط له، وإلا فلرب المال لأنه بمنزلة المسكوت عنه، ولو كان المراد أن المشروط صحيح مطلقاً نافى قوله (وإلا) أي وإن لم يشترط عمله فللمالك. قوله: (وإلا فللمالك) أي وإن لم يشترط عمله فللمالك.

قال في النهاية معزياً للذخيرة: إذا شرط في المضاربة بعض الربح لغير المضارب: فإن كان لأجنبي وشرط عمله فالمضاربة جائزة والشرط جائز ويصير رب المال دافعاً المال مضاربة لرجلين، وإن لم يشترط عمل الأجنبي فالمضاربة جائزة والشرط باطل، ويجعل المشروط للأجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال اهـ. قوله: (خلافاً للبرجندي) كلامه في العبد لا في الأجنبي كما يعلم بمراجعة شرح الملتقى. قوله: (جاز) قال في البحر: وإذا كان الاشتراط للعبد اشتراطاً لمولاه فاشتراط بعض الربح لقضاء دين المضارب أو لقضاء دين رب المال جائز بالأولى إلى آخر ما هنا. قوله: (ويكون) أي البعض. قوله: (قضاء دينه) اسم يكون ضمير يعود على البعض والجار والمجرور هو الخبر وقضاء دينه نائب فاعل المشروط. والمعنى: ويكون ذلك البعض للذي شرط له قضاء دينه من المضارب أو المالك.

واستفيد مما مر أنه لا بد أن يكون البعض شائعاً في جميع المال كالثلث والربع

ولا يلزم بدفعه لغرمائه: بحر.

(وتبطل) المضاربة (بموت أحدهما) لكونها وكالة، وكذا بقتله وحجر يطرأ على أحدهما وبجنون أحدهما مطبقاً قهستاني.

وفي البزازية: مات المضارب والمال عروض باعها وصيه. ولو مات رب المال والمال نقد تبطل في حق التصرف، ولو عرضاً تبطل في حق المسافرة لا التصرف

والسدس، أما لو كانت دراهم معينة فإنه تفسد به المضاربة لأنه يؤدي لقطع الشركة في الربح، وإنما أطلقه هنا اعتماداً على ما قدمه بأن لا يشترط لأحدهما دراهم مسماة من الربح. قوله: (ولا يلزم) أي كل من المالك والمضارب.

وعبارة البحر: ولا يجبر على دفعه لغرمائه. قوله: (بموت أحدهما) سواء علم المضارب بموت رب المال أم لم يعلم، حتى لا يملك الشراء بعد ذلك بمال المضاربة ولا يملك السفر ويملك بيع ما كان عرضاً لنض المال لأنه عزل حكمي. قاضيخان. قوله: (وحجر يطرأ على أحدهما) بجنون أو سفه أو حجر مأذون. قوله: (وبجنون أحدهما مطبقاً) هو داخل تحت قوله (وحجر) إلا أنه ذكره لتقييده بالإطباق. قوله: (باعها وصيه) أي وصي المضارب، لأن العزل لا يمكن حينئذ في المضارب فلا يجري على وصيه. وقيل إن ولاية البيع تكون لرب المال ووصي المضارب كليهما، وهو الأصح لأن الحق كان للمضارب ولكن الملك لرب المال، فصار بمنزلة مال مشترك بين اثنين فيكون الأمر إليهما اهـ.

قلت: فلو لم يكن له وصيّ هل يستبد المالك بالبيع أو ينصب القاضي وصياً يبيع معه؟ الظاهر نعم. حموي.

والذي في الهندية: فإن لم يكن له وصي جعل القاضي له وصياً يبيعها فيوفي رب المال رأس ماله وحصته من الربح ويعطي حصة المضارب من الربح غرماءه: أي إن كان له غرماء، فغرماء المضارب لا يأخذون عروضها لأنها مال الغير ط. قوله: (تبطل في حق التصرف) أي ولا تبطل في حق كونه وديعة. قوله: (تبطل في حق المسافرة) أي إلى غير بلد رب المال، فلو أتى مصراً واشترى شيئاً فمات رب المال وهو لا يعلم فأتى بالمتاع مصراً آخر فنفقة المضارب في مال نفسه وهو ضامن لما هلك في الطريق، فإن سلم المتاع جاز بيعه لبقائها في حق البيع ولو خرج من ذلك المصر قبل موت رب المال ثم مات لم يضمن نفقته في سفره اهـ. بزازية. وقوله: «فأتى بالمتاع مصراً»: يعني غير مصر رب المال، فإنه لو أخرجه يعني بعد موت رب المال إلى مصر رب المال لا يضمن لأنه يجب عليه تسليمه فيه. ذكره فيها أيضاً وذكره قاضيخان، لكن تقدم أن التخصيص يصح قبل صيرورتها عروضاً لا بعده، وكل موضع صح العزل فيه صح التخصيص فيه، وما لا فلا.

فله بيعه بعرض ونقد بالحكم (و) **بالحكم (بلحوق المالك مرتداً فإن عاد بعد لحوقه**

ومثل في النهاية: أنه لا يصح نهيه عن المسافرة في الرواية المشهورة. وإن نهاه لم يتعلق بنهيه حكم حتى ينض ثمنه بحيث أن يقول لا تبع نسيئة لأن حق التصرف ثابت له لأنه يحتاج إلى أن يبيعه ليظهر الربح، فإذا نهاه عن ذلك فقد أبطل حقه في التصرف فلم يصح. وإذا لم يملك عزله حتى ينض لم يملك تخصيص الإذن أيضاً لأنه عزل من وجه. وأما إذا نهاه عن المسافرة لم يصح على الروايات المشهورة لأنه يملك المسافرة بإطلاق العقد.

ثم قال: وفي الذخيرة: وكل جواب عرفته في العزل، فهو الجواب فيما إذا منع رب المال المضارب عن التصرف فهو الجواب فيما إذا مات رب المال اهـ. فعلم منه أن ما نقله الشارح هنا من بطلانها في حق المسافرة على غير الروايات المشهورة. فتدبر. قوله: **(فله بيعه)** أي مال المضاربة بعرض ونقد ثم يكون العرض الثاني كالأول فله بيعه بعرض أيضاً إلى أن يصير مال المضاربة مثل رأس المال وإن كان مال المضاربة من جنس رأس المال من حيث الثمنية إلا أنه من خلاف جنسه من حيث الحقيقة بأن كان رأس المال دراهم ومال المضاربة دنانير أو على العكس فمعلوم نهي رب المال إياه عما هو شرط من كل وجه، حتى لا يملك شراء العروض به ويملك صرفه بما هو من جنس رأس المال. أي مال المضاربة، ومثل هذا موت رب المال في بيع العروض، يعني إذا مات رب المال والمال عروض فللمضارب أن يبيع العروض حتى ينض رأس المال ونحوها بأن كان رأس المال دراهم والمال دنانير كان له أن يبيع الدنانير كما في العروض. نهاية. قوله: **(وبالحكم بلحوق المالك مرتداً)** أي إذا حكم بلحوقه من يوم الردة وانتقل ملكه إلى ورثته، فإن كان المال يومئذ ناضاً في يده لم يتصرف فيه ثم اشترى بعد ذلك فما اشتراه له ربحه وعليه وضيعته لأنه قد انعزل عن المضاربة وزال ملك الآمر عن المال فصار متصرفاً في ملك الورثة بغير أمره، وإن كان المال متاعاً أو عروضاً أو غير الدراهم والدنانير من سائر الأموال فبيع المضارب وشراؤه فيه جائز حتى يحصل رأس المال كما في السراج الوهاج، وإنما بطلت لأن اللحوق بمنزلة الموت ولهذا يورث ماله ويعتق أمهات أولاده ومدبروه. زيلعي. والمراد بالمالك خصوص الرجل.

ولهذا قال في غاية البيان: ولو كان رب المال امرأة فارتدت فهي بمنزلة المسلمة لأنها لا تقتل فلم تنعقد الردة سبب التلف في حقها اهـ. وسيشير الشارح إليه قريباً. قوله: **(فإن عاد الخ)** ينبغي أن يكون هذا إذا لم يحكم بلحوقه. أما إذا حكم بلحوقه فلا تعود المضاربة لأنها بطلت كما هو ظاهر عبارة الإتقاني في غاية البيان، لكن في العناية أن المضاربة تعود سواء حكم بلحاقه أم لا. تأمل.

مسلماً فالمضاربة على حالها) حكم بلحاقه أم لا. عناية (بخلاف الوكيل) لأنه لا حق له بخلاف المضارب. (ولو ارتد المضارب فهي على حالها) (فإن مات أو قتل أو

ونص عبارته: وإذا ارتد رب المال عن الإسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة: يعني إذا لم يعد مسلماً. أما إذا عاد مسلماً قبل القضاء أو بعده كانت المضاربة كما كانت اهـ.

أقول: لكن يشكل على ما ذكر بأن الباطل لا يعود صحيحاً فكيف تصح المضاربة بعد الحكم بلحوقه بعوده؟ والحال أنها بطلت بالحكم باللحوق، إلا أن يجاب بأن البطلان موقوف إلى حال التبين، فإذا تبين رجوعه بقيت على أصلها ويدل لذلك عبارة غاية البيان: كانت المضاربة كما كانت فيكون. قوله: «بطلت» أي بطلاناً موقوفاً إن تبين، وإلا فبات. تأمل. قوله: (حكم بلحاقه أم لا) أما قبل الحكم فلأنه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة، وأما بعده فلحق المضارب كما لو مات حقيقة. ط عن الشرنبلالية. قوله: (بخلاف الوكيل) أي إذا ارتد الموكل وحكم بلحاقه فإن الوكالة تبطل ولا تعود بعوده إلى الإسلام، لأن محل التصرف خرج عن ملك الموكل ولم يتعلق به حق الوكيل. قوله: (بخلاف المضارب) فإن له حقاً فإذا عاد المالك فهي على حالها، والأولى حذفه لأنه مستفاد مما تقدم فلا حاجة إليه. قوله: (ولو ارتد المضارب فهي على حالها) عندهما، حتى لو تصرف وربح ثم قتل كان ربحه بينهما على ما شرطا اهـ. برهان. فإن لحق وباع واشترى هناك ثم رجع مسلماً فله جميع ما اشترى وباع في دار الحرب ولا ضمان عليه في شيء من ذلك. هندية. وذلك لأن تصرفات المرتد إنما توقفت بالنظر إلى ملكه ولا ملك للمضارب في مال المضاربة وله عبارة صحيحة، فلا توقف في ملك المالك فبقيت المضاربة على حالها.

قال في العناية: وتوقف تصرف المرتد لتعلق حق الورثة، ولا توقف في ملك رب المال لعدم تعلقه به: أي فلا يعطى له حكم الموت بالنسبة إليه وظاهره سواء لحق ولم يحكم به أولاً كما في الدرر وصدر الشريعة. قوله: (وما تصرف نافذ الخ) أي حيث كانت المضاربة باقية على حالها في قولهم جميعاً: فجميع ما فعل ذلك جائز والربح بينهما على ما شرطا، خلا أن ما يلحقه من العهدة فيما باع واشترى حيث يكون على رب المال في قول أبي حنيفة، لأن حكم العهدة يتوقف بردته، لأنه لو لزمته لقضي من ماله ولا تصرف له فيه فكان كالصبي المحجور إذا توكل عن غيره بالبيع والشراء وفي قولهما حاله في التصرف بعد الردة كهي فيه قبلها فالعهدة عليه ويرجع على رب المال كما في النهاية، وكان الأولى تقديم هذه العبارة على. قوله: (فإن مات).

والحاصل: فرق بين الارتدادين قبل اللحوق وبعده لا فرق بينهما. قوله: (ولو

لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه بطلت) وما تصرف نافذ، وعهدته على المالك عند الإمام. بحر.

(ولو ارتد المالك فقط) أي ولم يلحق (فتصرفه) أي المضارب (موقوف وردة المرأة) لأنها لا تقتل فلم ينعقد بسبب التلف في حقها (غير مؤثرة، وينعزل بعزله) لأنه وكيل (إن علم به) بخبر رجلين مطلقاً أو فضولي عدل أو رسول مميز (وإلا) يعلم (لا) ينعزل (فإن علم) بالعزل ولو حكماً كموت المالك ولو حكماً (والمال

ارتد المالك فقط) محترز قوله: (وبلحوق المالك) وعلى هذا لا فرق بين المالك والمضارب، فلو قال وبلحوق أحدهما ثم قال ولو ارتد أحدهما فقط الخ لكان أخصر وأظهر. تأمل. لكن الفرق أنه إذا ارتد المضارب فتصرفه نافذ. قوله: (أي ولم يلحق) ومثله إذا لحق ولم يحكم بلحاقه. قوله: (فتصرفه) أي المضارب موقوف عند الإمام: أي لتعلق حق ورثة المالك بالمال لزوال ملكه بالردة، فإن عاد إلى الإسلام عاد ملكه ونفذ تصرف المضارب، وإن مات أو قتل أو حكم بلحاقه عاد المال إلى الورثة ويبطل تصرف المضارب، وعليه لا فرق بين المالك والمضارب لا بالتصرف فإن تصرف المضارب نافذ دون المالك، وعليه فالأخصر أن يقول: وبلحوق أحدهما، ثم يقول ولو ارتد أحدهما فقط الخ. قوله: (وردة المرأة غير مؤثرة) سواء كانت هي صاحبة المال أو المضاربة، إلا أن تموت أو تلحق بدار الحرب فيحكم بلحاقها، لأن ردتها لا تؤثر في أملاكها فكذا لا تؤثر في تصرفاتها. منح. قوله: (إن علم به) أي ولو العزل حكماً فلا ينعزل في الحكمي إلا بالعلم، بخلاف الوكيل حيث ينعزل في الحكمي وإن لم يعلم، كذا قالوا.

فإن قلت: ما الفرق بينهما؟ قلت: قد ذكروا أن الفرق بينهما أنه لا حق له، بخلاف المضارب. منح.

والذي في الهندية عن الخانية: تبطل المضاربة بموت رب المال علم بذلك أو لم يعلم، حتى لا يملك الشراء بعد ذلك بمال المضاربة ولا يملك السفر اهـ. وتقدم ذكره. قوله: (مطلقاً) أي وإن لم يكونا عدلين، بأن كانا فاسقين أو مستورين قوله: (أو فضولي عدل) كان الأنسب أن يقول: أو واحد عدل، بقرينة السياق، وكأنه راعى ما تقدم في باب عزل الوكيل من أن العزل يثبت بمشافهة وكتابة ورسالة وإخبار فضولي، ويعتبر فيه أحد شطري الشهادة من العدد أو العدالة. قوله: (مميز) أي ولو رقيقاً أنثى غير بالغ ولا عدل، لأن الرسول والوكيل كالأصيل، وهذا عند الإمام. وعندهما: لا فرق بين الرسول وغيره كما في أخواتها. قوله: (ولو حكماً) كموت المالك: أي ولو كان العزل حكماً فإنه يشترط فيه العلم على ما سلف لأنه عزل حكمي. قوله: (ولو حكماً) كارتداده مع الحكم

عروض) هو هنا ما كان خلاف جنس رأس المال، فالدراهم والدنانير هنا جنسان (باعها) ولو نسيئة وإن نهاه عنها (ثم لا يتصرف في ثمنها) ولا في نقد من جنس

بالعروض وجنونه مطبقاً. قوله: (فالدراهم والدنانير هنا جنسان) التفريع غير ظاهر، لأنهما قد يكونان جنساً واحداً في كثير من المسائل، وحينئذ فالأولى الواو كما في البحر والمنح، فإن كان رأس المال دراهم وعزله معه دنانير فله بيعها بالدراهم استحساناً، وبالعكس بعد العلم بالعزل حتى يكون من جنس رأس المال ليتميز الربح فيتبين حقه منه، لكن تقدم في البيع الفاسد أن الدراهم والدنانير جنس واحد في ثمان مسائل منها في المضاربة ابتداء وانتهاء وبقاء اهـ.

وكتب سيدي الوالد رحمه الله تعالى ثمة قوله ومضاربة ابتداء وانتهاء وبقاء لم يذكر ذلك التقسيم في العمادية وإنما ذكر صورتين في المضاربة.

إحداهما: ما إذا كانت المضاربة دراهم فمات رب المال أو عزل المضارب عن المضاربة وفي يده دنانير لم يكن للمضارب أن يشتري بها شيئاً ولكن يصرف الدنانير بالدراهم، ولو كان ما في يده عروضاً أو مكيلاً أو موزوناً له أن يحوله إلى رأس المال، ولو باع الشيء بالدنانير لم يكن له أن يشتري بها إلا الدراهم.

ثانيتهما: لو كانت المضاربة دراهم في يد المضارب فاشترى متاعاً بكيلي أو وزني لزمه، ولو اشترى بالدنانير نفذ على المضاربة استحساناً عندهما اهـ ملخصاً. فالصورة الأولى تصلح مثالاً للانتهاء، والثانية للبقاء، لكن لم يظهر لي كون الأولى مما نحن فيه، إذ لو كانت الدراهم والدنانير فيها جنساً واحداً ما كان يلزمه أن يصرف الدنانير بالدراهم. تأمل. ثم رأيت الشارح في باب المضاربة جعلهما جنسين في هذه المسألة، وهذا عين ما فهمته، ولله تعالى الحمد.

وأما مسألة المضاربة ابتداء فقد زادها الشارح وقال ط: صورته: عقد معه المضاربة على ألف دينار بين الربح فدفع له دراهم قيمتها من الذهب تلك الدنانير صحت المضاربة والربح على ما شرطا أولاً. كذا ظهر لي. اهـ كلام سيدي الوالد رحمه الله تعالى. قوله: (باعها) أي له بيعها ولا يمنعه العزل من ذلك. إتقاني. قوله: (وإن نهاه عنها) أي عن النسيئة ولا يملك المالك فسخها في هذه الحالة كما لا يصح نهيه عن المسافرة في الروايات المشهورة، وكما لا يملك عزله لا يملك تخصيص الإذن لأنه عزل من وجه. بحر عن النهاية وسيأتي. وإنما لا يملك ذلك لأن له حقاً في الربح. قوله: (ثم لا يتصرف في ثمنها) أي إذا كان من جنس رأس مالها، لأن البيع بعد العزل كان للضرورة حتى يظهر الربح إن كان فيه ولا حاجة إليه بعد النض، فصار كما إذا عزله بعد ما نض وصار من جنس رأس المال: زيلعي. قوله: (ولا في نقد) أي لا يتصرف إذا كان رأس المال فضة

رأس ماله ويبدل خلافه به استحساناً لوجوب رد جنسه وليظهر الربح (ولا يملك المالك فسخها في هذه الحالة) بل ولا تخصيص الإذن لأنه عزل من وجه عناية (بخلاف أحد الشريكين إذا فسخ الشركة وما لها أمتعة) صح.

(افترقا وفي المال ديون وربح يجبر المضارب على اقتضاء الديون) إذ حينئذ يعمل بالأجرة

بفضة ولو أجود كما يفيده عمومه ط. قوله: (ويبدل خلافه به) أي له أن يبدل خلاف رأس المال من النقد برأس المال. قوله: (استحساناً) والقياس لا يبدل لأن النقدين من جنس واحد من حيث الثمنية. قوله: (لوجوب رد جنسه) أي إلى رب المال إن امتنع المالك من أخذ خلاف الجنس كما يفيده ما قدمناه عن الإتقاني.

وفي الهندية عن الكافي: له أن يبيعها بجنس المال استحساناً وهو يفيد الجواز، فإن حمل على عدم التنازع زال الإشكال. ط بزيادة. قوله: (وليظهر الربح) جعله في العيني والغرر علة لبيع الضرورة حيث قال لأن له حقاً في الربح، ولا يظهر ذلك إلا بالنض فيثبت له حق البيع ليظهر ذلك، وموته وارتداده مع اللحوق وجنونه مطبقاً والمال عروض كعزله والمال عروض. زيلعي. قوله: (ولا يملك الخ) هذا معطوف على باعها عطف علة على معلول، وليته قدمه على ثم لا يتصرف، ولا تنس ما مر في موت المضارب والمال عروض. ويفهم منه أنه إذا فسخها والمال عروض يبيعها بالنقد.

فرع قال في القنية من باب المضاربة: أعطاه دنانير مضاربة ثم أراد القسمة له أن يستوفي دنانير، وله أن يأخذ من المال بقيمتها، وتعتبر قيمتها يوم القسمة لا يوم الدفع ا هـ.

وفي شرح الطحاوي من المضاربة: ويضمن لرب المال مثل ماله وقت الخلاف. بيري في بحث القول بثمن المثل. وهذه فائدة طالما توقفت فيها، فإن رب المال يدفع دنانير مثلاً بعدد مخصوص ثم تغلو قيمتها ويريد أخذها لا بمثل القيمة تأمل.

والذي يظهر من هذا أنه لو علم عدد المدفوع ونوعه فله أخذه، ولو أراد أن يأخذ القيمة من نوع آخر يأخذه بالقيمة الواقعة يوم الخلاف: أي يوم النزاع والخصام، وكذا إذا لم يعلم نوع المدفوع كما يقع كثيراً في زماننا حيث يدفع أنواعاً ثم تجهل فيضطر إلى أخذ قيمتها لجهالتها فيأخذ بالقيمة يوم الخصام تأمل. والله تعالى أعلم. قوله: (ولا تخصيص الإذن) أفاده بقوله آنفاً وإن نهاه عنها. قوله: (صح) أي الفسخ والربح بعد ذلك للعامل كما سلف في الشركة. قوله: (افترقا) أي فسخا المضاربة أو انتهت. قوله: (وفي المال ديون) أي وقد باع المضارب عروضاً بثمن لم يقبضه من المشترين. قوله: (على اقتضاء الديون) أي أخذها واستخلاصها. قوله: (إذ حينئذ يعمل بالأجرة) عبارة البحر: لأنه

(وإلا) ربح (لا) جبر لأنه حينئذ متبرع (و) يؤمر بأن (يوكل المالك عليه) لأنه غير العاقد (وحينئذ فالوكيل بالبيع والمستبضع كالمضارب) يؤمران بالتوكيل (والسمسار يجبر على التقاضي) وكذا الدلال لأنهما يعملان بالأجرة.

فرع: لمستوجر على أن يبيع ويشتري لم يجز لعدم قدرته عليه. والحيلة أن يستأجره مدة للخدمة ويستعمله في البيع.

كالأجير والربح كالأجرة وطلب الدين من تمام تكملة العمل فيجبر عليه. وظاهره ولو كان الربح قليلاً.

قال في شرح الملتقى: ومفاده أن نفقة الطلب على المضارب، وهذا لو الدين في المصر وإلا ففي مال المضاربة.

قال في الهندية: وإن طال سفر المضارب ومقامه حتى أتت النفقة في جميع الدين، فإن فضل على الدين حسب له النفقة مقدار الدين وما زاد على ذلك يكون على المضارب. كذا في المحيط. قوله: (وإلا) أي وإن لم يكن في المال ربح. قوله: (لا جبر لأنه حينئذ متبرع) أي لأنه وكيل محض ولا جبر على المتبرع على إتمام ما تبرع به، ولهذا لا يجبر الواهب على التسليم. زيلعي.

ولا يقال: الرد واجب عليه وذلك إنما يكون بالتسليم كما أخذه. لأنا نقول: الواجب عليه رفع الموانع وذلك بالتخلية لا بالتسليم حقيقة. ط عن أبي السعود. قوله: (لأنه) أي المالك غير العاقد فالحقوق لا ترجع إليه بل إلى العاقد الذي هو المضارب فيقبض الثمن له لا للمالك، ولا يلزم التقاضي لأنه متبرع فيؤمر بتوكيل المالك ليقدر على تحصيل الديون كما في العيني. قوله: (وحينئذ) أي حين إذ كان المتبرع لا يجبر على الاقتضاء، والأولى أن يقول: ولهذا كان الوكيل الخ. قوله: (والسمسار) بكسر السين الأولى المهملة وهو المتوسط بين البائع والمشتري ليبيع بأجر من غير أن يستأجر، والدلال الواسطة بين المتبايعين اهـ. وفي منلا مسكين: السمسار الدلال قوله: (يجبر على التقاضي) أي طلب الثمن إن عقد البيع لأنه يبيع ويشتري للناس عادة بأجرة فجعل ذلك بمنزلة الإجارة الصحيحة بحكم العادة فيجب التقاضي والاستيفاء لأنه وصل إليه بدل عمله فصار كالمضارب إذا كان في المال ربح. زيلعي. قوله: (وكذا الدلال) مقتضى كلام الشارح أن الدلال غير السمسار كما في القهستاني بأن الدلال يحمل السلعة إلى المشتري ويخبر بالثمن ويبيع، بخلاف السمسار فإنه لم يكن في يده شيء، ومقتضى ما مر عن مسكين عدم الفرق بينهما. وفي الدرر كالدلال فإنه يعمل بالأجرة. والسمسار: هو الذي يجلب إليه العروض والحيوانات ليبيعها بأجر من غير أن يستأجر إلى آخر ما فيه. قوله: (لعدم قدرته عليه) لأن الشراء أو البيع لا يتم إلا بمساعدة غيره وهو البائع أو المشتري فلا يقدر على

زيلعي (وما هلك من مال المضاربة يصرف إلى الربح) لأنه تبع (فإن زاد الهالك على الربح لم يضمن) ولو فاسدة من عمله

تسليمه. زيلعي. قوله: (زيلعي) وتمام كلامه: وإنما جازت هذه الحيلة لأن العقد يتناول المنفعة وهي معلومة ببيان قدر المدة وهو قادر على تسليم نفسه في المدة، ولو عمل من غير شرط وأعطاه شيئاً لا بأس به لأنه عمل معه حسنة فجازاه خيراً وبذلك جرت العادة، وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن اهـ. قوله: (وما هلك من مال المضاربة يصرف إلى الربح).

أقول: وكذلك ما هلك من مال الشركة فيصرف إلى الربح، والباقي من الربح يصرف على ما شرطا ورأس المال على حكمه، فإذا زاد الهالك على الربح فهو عليهما بقدر ماليهما، وبه علم حكم حادثة الفتوى.

مَطْلَبٌ فِي حُكْمِ حَادِثَةِ الْفَتْوَى

شريكان مالهما متفاوت والعمل مشروط عليهما والربح سوية بينهما هلك بعد الربح شيء من المال وبقي شيء من الربح فما الحكم؟ الجواب: ما فضل من الربح على ما شرطا ورأس المال على حكمه والهالك عليهما وهو ظاهر. ذكره الخير الرملي. قوله: (لأنه تبع) أي ورأس المال أصل وصرف الهالك إلى ما هو تابع أولى كما يصرف إلى العفو في الزكاة ولأن الربح فرع عن رأس المال فلا يثبت له حكم قبل ثبوت أصله كما في العيني.

مَطْلَبٌ: الْقَوْلُ لِلشَّرِيكِ وَالْمُضَارِبِ فِي مِقْدَارِ الرِّبْحِ وَالْخُسْرَانِ وَفِي الضَّيَاعِ وَالرَّدِّ لِلشَّرِيكِ

والقول للشريك والمضارب في مقدار الربح والخسران مع يمينه، ولا يلزمه أن يذكر الأمر مفصلاً، والقول قوله في الضياع والرد للشريك نهر في الشركة.

تتمة: هلك مال المضاربة قبل أن يشتري به شيئاً بطلت، وإن استهلكه المضارب ضمنه ولم يكن له الشراء بعد ذلك لصيرورته ضميناً، وإن استهلكه غيره فأخذه منه كان له الشراء على المضاربة. حموي عن الأقطع. قوله: (لم يضمن) لكونه أميناً سواء كان من عمله أو لا. بحر. قوله: (ولو فاسدة) لأنها أمانة عند الإمام. وعندهما: إن كانت فاسدة فالمال مضمون. قوله: (من عمله) ولو الهلاك من عمله المسلط عليه عند التجار. وأما التعدي فيظهر أنه ضمن به. سائحاني: أي سواء كانت المضاربة صحيحة أو فاسدة، وسواء كان الهلاك من عمله أو لا، ويقبل. قوله: في هلاكه وإن لم يعلم ذلك كما يقبل في الوديعة. منح بزيادة: ولم أر زيادة من عمله في العيني ولا في الدرر وحواشيه. فليتأمل معنى قوله: (من عمله) ولو اقتصر على قوله: (ولو فاسدة) لكان المعنى أظهر.

لأنه أمين (وإن قسم الربح وبقيت المضاربة ثم هلك المال أو بعضه ترادا الربح ليأخذ المالك رأس ماله وما فضل فهو بينهما، وإن نقص لم يضمن) لما مر.

ثم ذكر مفهوم قوله وبقيت المضاربة فقال: (وإن قسم الربح وفسخت المضاربة والمال في يد المضارب ثم عقداها فهلك المال لم يترادا وبقيت المضاربة) لأنه عقد جديد، وهذه هي الحيلة النافعة للمضارب.

فَصْلٌ في المُتَفَرِّقَاتِ

(المضاربة لا تفسد

ثم رأيت في فروق المحبوبي ما نصه: وإذا عمل في المضاربة الفاسدة وربح كان كل الربح لرب المال وللمضارب أجر مثل عمله، ولا ضمان إذا هلك المال في يده اهـ. قوله: (لأنه أمين) علة لعدم الضمان ويقبل قوله: «في الهلاك وإن لم يعلم ذلك كما يقبل في الوديعة». منح.

أقول: وينبغي أن يضمن ما تلف بعمله لأنه أجير مشترك. وعلى قولهما يضمن ما تلف في يده وإن لم يكن من عمله كما علم في باب ضمان الأجير، ولعله محمول على ما إذا سافر بمال المضاربة فإنه يكون بمنزلة الأجير الخاص، وليحرر. قوله: (ترادا الربح) فيضمن المضارب ما أخذه على أنه ربح لأنه أخذه لنفسه، بخلاف ما بقي في يده لا يضمنه إذا لم يأخذه لنفسه. حموي. قوله: (ليأخذ المالك رأس ماله) فيبدأ برأس المال ثم بالنفقة ثم بالربح الأهم فالأهم اختيار، فإن فضل شيء اقتسماه اهـ. در منتقى. أي لأن الربح تابع كما ذكرنا فلا يسلم بدون سلامة الأصل. عيني. قوله: (وما فضل فهو بينهما) لأن رب المال لم يبق له حق بعد استيفاء ماله إلا في الربح. عيني. قوله: (لم يضمن) أي إن نقص الربح عن الهالك لم يضمن المضارب. قوله: (لما مر) من أنه أمين فلا يكون ضمينا. قوله: (والمال في يد المضارب) مثله في العزمية عن صدر الشريعة وهو نص على المتوهم، وإلا فالأولى إذا دفعه لرب المال بعد الفسخ ثم استرده وعقدها أخرى. قوله: (لأنه عقد جديد) أي لأن المضاربة الأولى قد انتهت بالفسخ وثبوت الثانية بعقد جديد فهلاك المال في الثانية لا يوجب انتقاض الأولى فصار كما إذا دفع إليه مالاً آخر. قوله: (وهذه هي الحيلة النافعة للمضارب) أي لو خاف أن يسترد منه رب المال الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقي من رأس المال، وعلم مما مر آنفاً أنه لا يتوقف صحة الحيلة على أن يسلم المضارب رأس المال إلى رب المال، وتقييد الزيلعي به اتفاقي كما نبه عليه أبو السعود. والله تعالى أعلم، وأستغفر الله العظيم.

فَصْلٌ في المُتَفَرِّقَاتِ

قوله: (لا تفسد الخ) حتى لو اشترى رب المال به شيئاً وباع فهو على المضاربة،

بدفع كل المال أو بعضه) تقييد الهداية بالبعض اتفاقي. عناية **(إلى المالك)** بضاعة لا مضاربة للأمر

لأن الشرط هو التخلية وقد تحققت، والإبضاع توكيل بالتصرف والتصرف حق المضارب فيصح التوكيل به. وقال زفر: لا تفسد ولا يستحق المضارب من ربحه شيئاً لأن رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل ولم يصرح به فيكون مستردا للمال، ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداء.

ولنا أن الواجب له التخلية وقد تمت وصار التصرف حقاً للمضارب. وله أن يوكل رب المال صالحاً لذلك والإبضاع توكيل لأنه استعانة. ولما صح استعانة المضارب بالأجنبي فرب المال أولى لكونه أشفق على المال فلا يكون استردادا، بخلاف شرط العمل عليه ابتداء لأنه يمنع التخلية.

فإن قلت: رب المال لا يصلح وكيلاً لأن الوكيل من يعمل في مال غيره ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في مال نفسه. قلت: أجيب بأن المالك بعد التخلية صار كالأجنبي فجاز توكيله.

فإن قلت: الأمر كذلك لصحة المضاربة مع رب المال. قلت: أجيب بأن المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا، فلو جوزناه أدى إلى قلب الموضوع اهـ. قوله: **(بدفع كل المال)** أفاد بالدفع أن المضارب لا بد أن يسلم المال أولاً، حتى لو جعل المال بضاعة قبل أن يتسلمه لا يصح، لأن التسليم شرط فيها اهـ. مكي. قوله: **(تقييد الهداية)** الأولى الإتيان بالفاء. قوله: **(بضاعة)** المراد بالبضاعة هنا الاستعانة لأن الإبضاع الحقيقي هنا لا يتأتى لأن الربح جميعه فيه لرب المال وليس الأمر هنا كذلك. قوله: **(لا مضاربة)** عطف على بضاعة المسلط عليه النفي من عامله؛ فالمعنى لا ينتفي الفساد بدفعها مضاربة بل تفسد؛ لأن نفي النفي إثبات وقد تبع المؤلف، ومفهومه. أنه لو دفعه مضاربة تفسد الأولى مع أن الذي يفسد هو الثانية لا الأولى كما في الهداية. قال في البحر: وتقييده بالبضاعة اتفاقي، لأنه لو دفع المال إلى رب المال مضاربة لا تبطل الأولى بل الثانية، لأن المضاربة به تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا، فلو جوزناه يؤدي إلى قلب الموضوع، وإذا لم يصح بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل الأولى كما تقدم من الهداية، وبه علم أنها بضاعة وإن سميت مضاربة لأن المراد بالبضاعة هنا الاستعانة، لأن الإبضاع الحقيقي لا يتأتى هنا، وهو أن يكون المال للمبضع والعمل من الآخر ولا ربح للعامل، وفهم من مسألة الكتاب جواز الإبضاع كالأجنبي بالأولى. وما وقع في البزازية من أنه لا تبطل بالدفع إلى المالك بضاعة أو مضاربة فإنه محمول على ما ذكرنا من عدم صحة المضاربة الثانية وإبقاء الأولى. قوله: **(للأمر)** أي من

(وإن أخذه) أي المالك المال (بغير أمر المضارب وباع واشترى بطلت إن كان رأس المال نقداً) لأنه عامل لنفسه (وإن صار عروضاً لا) لأن النقد الصريح حينئذ لا يعمل، فهذا أولى. عناية. ثم إن باع بعرض بقيت وإن بنقد بطلت لما مر.

(وإذا سافر) ولو يوماً

أن الشيء لا يتضمن مثله. قوله: (وإن أخذه) محترز قوله يدفع. قوله: (أي المالك الخ) قال في المبسوط: والحاصل أن كل تصرف صار مستحقاً للمضارب على وجه لا يملك رب المال منعه فرب المال في ذلك يكون معينا له سواء باشره بأمره أو بغير أمره وكل تصرف يتمكن رب المال أن يمنع المضارب منه فرب المال في ذلك التصرف عامل لنفسه إلا أن يكون بأمر المضارب فحينئذ يكون معيناً له اهـ. منح.

قال الرملي في حاشيته عليها: قوله وإن صار عرضاً الخ، أقول: استفيد من ذلك جواز بيع المالك عروض المضاربة وهي واقعة الفتوى اهـ.

قلت: ويتطرق به الحاصل الذي ذكره صاحب المنح، لأن هذا التصرف صار مستحقاً للمضارب على وجه لا يملك رب المال منعه، فرب المال معيناً له باشره بأمره أو بغير أمره، فإن باشره حتى صار نقداً كان تصرفه بعد ذلك لنفسه، ونتكلم على ذكر ما تقدم أن النقد إذا لم يكن من جنس رأس مال المضاربة يملك المضارب تبديله من جنس رأس مال المضاربة، فلو بدله المالك كان معيناً للمضارب ولو بغير أمره. أما لو اشترى المالك بنقد ليس من جنس رأس مال المضاربة هل يكون ذلك للمضاربة أم لنفسه. يحرر.
قوله: (ثم إن باع بعرض) أي ما صار عرضاً. قوله: (وإن بنقد بطلت) قال في المنح: فلو باع العروض بنقد ثم اشترى عروضاً كان للمضارب حصته من ربح العروض الأولى لا الثانية؛ لأنه لما باع العروض وصار المال نقداً في يده كان ذلك نقضاً للمضاربة فشراؤه به بعد ذلك يكون لنفسه، فلو باع العروض بعروض مثلها أو بمكيل أو موزون وربح كان بينهما على ما شرطا، لأن رب المال لا يتمكن من نقض المضاربة ما دام المال عروضاً اهـ.
ونقله ط عن حاشية المكي. قوله: (لما مر) من أنه عامل لنفسه. قوله: (وإذا سافر) أطلق السفر، فشمل السفر للتجارة ولطلب الديون فيرجع بما أنفق بطلبه، إلا إذا زاد على الدين فلا يرجع بالزيادة، كما صرح به في المحيط. وأطلق عمله في المصر فشمل عمله للتجارة ولاقتضاء الديون، ولا رجوع له في ماله فيما أنفقه في الخصومة كما في المحيط. كذا في البحر. قوله: (ولو يوماً) لأن العلة في وجوب النفقة حبس نفسه لأجلها، فعلم أن المراد من السفر هنا أن لا يمكنه أن يبيت في منزله، وإن خرج من المصر وأمكنه أن يعود إليه في ليلة فهو في المصر لا نفقة له. منح.

ثم نقل عن السراجية: وإذا خرج بنية السفر قلّ أو كثر فنفقته في مال المضاربة، إلا

فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه بفتح الراء ما يركب ولو بكراء (وكل ما يحتاجه عادة) أي في عادة التجار

إذا كان يغدو إلى بعض نواحي المصر اهـ. قوله: (فطعامه) ولو فاكهة. حموي: أي معتادة واللحم كما كان يأكل، كذا وروي عن أبي يوسف: وإنما لا تلزم نفقة غلمان المالك لأن نفقتهم كنفقة نفسه، وهو لو سافر معه ليعينه على العمل في مال المضاربة لم يستوجب نفقة في مال المضاربة بهذا السبب، فكذا نفقة غلمانه ودوابه، بخلاف غلمان المضارب ودوابه اهـ. مبسوط ط. قوله: (وركوبه) أي في الطريق. شمني. وكذا فرش نومه. ملتقى وبحر عن المحيط. قوله: (بفتح الراء) ويجوز أن يكون بالضم على أنه مصدر أريد به اسم المفعول وهو الجاري على الألسنة حكي عن الشلبي، وكذا أجرة خادمه وعلف دابته. وأما نفقة عبيد المالك ودوابه لو سافر بهم المضارب فعلى المالك لا في مال المضاربة، ولو أنفق عليهم المالك نفسه من المضاربة كان استرداداً لرأس المال لا من الربح اهـ. ط عن الحموي. قوله: (ولو بكراء) هذا يفيد أن له أن يشتري دابة للركوب، فإن لم يشتر واكترى لزمه الكراء فلو قال أو كراؤه كان أوضح ط. قوله: (وكل ما يحتاجه عادة) قال الزيلعي: ومن مؤنته الواجبة فيه غسل ثيابه وأجرة من يخدمه والدهن في موضع يحتاج إليه كالحجاز وأجرة الحمام والحلاق وقص الشارب كل ذلك من مال المضاربة، لأن العادة جرت بها، ولأن نظافة البدن والثياب يوجب كثرة من يعامله، لأن صاحب الوسخ يعدونه الناس من المفاليس فيجتنبون معاملته فيطلق له كل ذلك بالمعروف، حتى إذا زاد يضمن، ولو رجع إلى بلده وفي يده شيء من النفقة رده إلى مال المضاربة كالحاج عن الغير إذا بقي شيء في يده رده على المحجوج عنه أو على الورثة وكالغازي إذا خرج من دار الحرب يرد إلى الغنيمة ما معه من النفقة، وكالأمة إذا بوأها المولى منزلاً مع الزوج ثم أخرجها إلى الخدمة وقد بقي شيء من النفقة في يدها استردها المولى. وعن الحسن عن أبي حنيفة أن الدواء أيضاً يكون في مال المضاربة لأنه لا إصلاح دونه وتمكنه من العمل وصار كالنفقة. وجه الظاهر أن النفقة معلوم وقوعها والحاجة إلى الدواء من العوارض فكان موهوماً فلا يجب كما في حق المرأة.

وفي النهاية: الشريك إذا سافر بمال الشركة فنفقته في ذلك المال، روي ذلك عن محمد. قال في التاتارخانية نقلاً عن الخانية. قال محمد: هذا استحسان اهـ: أي وجوب نفقته في مال الشركة، وحيث علمت أنه استحسان فالعمل عليه لما علمت أن العمل على الاستحسان إلا في مسائل ليست هذه منها. ذكره الخير الرملي. وذكر في الكافي بعد ما ذكر وجوب النفقة للمضارب فقال: بخلاف الشريك لأنه لم يجر التعارف أن الشريك العامل ينفق على نفسه من مال الشريك الآخر اهـ. قال في الشرنبلالية نقلاً عن البزازية: وكذا له

بالمعروف (في مالها) لو صحيحة لا فاسدة لأنه أجير فلا نفقة له كمستبضع ووكيل وشريك. كافي. وفي الأخير خلاف (وإن عمل في المصر) سواء ولد فيه أو اتخذه داراً (فنفقته في ماله) كدوائه على الظاهر أما إذا نوى الإقامة بمصر ولم يتخذه داراً فله النفقة. ابن ملك.

الخضاب وأكل الفاكهة كعادة التجار اهـ. قوله: (بالمعروف) فإن جاوز المعروف ضمن الفضل كما سيأتي. قوله: (في مالها) سواء كان المال قليلاً أو كثيراً. حموي. لأن النفقة تجب جزاء الاحتباس كنفقة القاضي والمرأة والمضارب في المصر ساكن بالسكن الأصلي، وإذا سافر صار محبوساً بالمضاربة فيستحق النفقة فيه بالمضارب لأن الأجير والوكيل والمستبضع لا نفقة لهم مطلقاً، لأن الأجير يستحق البدل لا محالة والوكيل والمستبضع متبرعان، وكذا الشريك إذا سافر بمال الشركة لا نفقة له في ظاهر الرواية، وفي الاستحسان: له النفقة كما علمت، وسيأتي. قوله: (لا فاسدة) كنفقة المضارب فيها من مال نفسه. منح. قوله: (لأنه أجير) أي في الفاسدة. قوله: (كمستبضع ووكيل) فهما متبرعان. وفي الإتقاني: لا نفقة للمستبضع في مال البضاعة لأنه متطوع فيها إلا أن يكون أذن له فيها اهـ. قوله: (وفي الأخير خلاف) قال في المنح: وكذا الشريك إذا سافر بمال الشركة لا نفقة له لأنه لم يجز التعارف به، ذكره النسفي في كافيه. وصرح في النهاية بوجوبها في مال الشركة اهـ. وكأنه حبس نفسه للمالين فتكون النفقة على قدرهما، وقدمنا قريباً أن الوجوب استحسان وأن العمل عليه هنا، لكن في ابن ملك ما يفيد أن المعتمد عدم الوجوب فإنه نقل الوجوب رواية عن محمد فقط.

فالحاصل: أن الذي عليه الفتوى الوجوب، لا سيما وقد أفتى به في الحامدية وأقره سيدي المرحوم الوالد في تنقيحه على أن العرف الآن عليه فاغتنمه. قوله: (وإن عمل في المصر الخ) لأنه لم يحبس نفسه لأجل المضاربة بل هو ساكن بالسكن الأصلي كما قدمناه قريباً. قوله: (كدوائه على الظاهر) أي ظاهر الرواية: يعني إذا مرض كان دواؤه من ماله مطلقاً: أي في السفر والحضر، لأنه قد يمرض وقد لا يمرض فلا يكون من جملة النفقة برهان وغيره. وعن أبي حنيفة أن الدواء في مال المضاربة لأنه لإصلاح بدنه، وكذلك النورة والدهن في قولهما خلافاً لمحمد في الدهن. وفي سري الدين عن المبسوط: الحجامة والكحل كالدواء اهـ. قوله: (فله النفقة) فلو أخذ مالاً بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قدم الكوفة مسافراً فلا نفقة في المال ما دام في الكوفة، فإذا خرج منها مسافراً فله النفقة حتى يأتي البصرة لأنه خروج لأجل المال، ولا ينفق من المال ما دام بالبصرة، لأن البصرة وطن أصلي له فكانت إقامته فيه لأجل الوطن لا لأجل المال، فإذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال إلى أن يأتي الكوفة، لأن خروجه من البصرة لأجل المال، وله أن ينفق أيضاً

ما لم يأخذ مالاً لأنه لم يحتبس بمالها، ولو سافر بماله ومالها أو خلط بإذن

ما أقام بالكوفة حتى يعود إلى البصرة لأن وطنه بالكوفة كان وطن إقامة وأنه يبطله بالسفر الخ. قوله: (ما لم يأخذ مالاً) هذه العبارة تفيد أنه إذا أخذ مالاً غير مال المضاربة بأن ترك في بلده وسافر بمال آخر وأقام بالكوفة فإنه لا نفقة له بدليل المقابلة والتعليل، وليس الأمر كذلك، وكأنه فهم ذلك من قول المنح: فلو أخذ مالاً بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قدم الكوفة مسافراً فلا نفقة له ا هـ.

والمقصود من هذه العبارة هو ما لو نوى الإقامة بمصر ولم يتخذه داراً فله النفقة، إلا إذا كان قد أخذ مال المضاربة في ذلك المصر فلا نفقة له ما دام فيه، ويدل له ما في المبسوط: ولو دفع المال إليه مضاربة وهما بالكوفة وليست الكوفة بوطن للمضارب لم ينفق على نفسه من المال ما دام بالكوفة، لأن إقامته فيها ليست للمضاربة فلا يستوجب النفقة ما لم يخرج منها، فإن خرج منها إلى وطنه ثم عاد إليها في تجارة أنفق في الكوفة من مال المضاربة، لأن وطنه بها كان مستعاراً وقد انتقض بالسفر فرجوعه بعد ذلك إلى الكوفة وذهابه إلى مصر آخر سواء. حلبي.

قال في البحر: فلو أخذ مالاً بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قدم الكوفة مسافراً فلا نفقة له في المال ما دام بالكوفة، فإذا خرج منها مسافراً فله النفقة حتى يأتي البصرة لأن خروجه لأجل المال ولا ينفق من المال ما دام بالبصرة، لأن البصرة وطن أصلي له فكان إقامته فيه لأجل الوطن لا لأجل المال، فإذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال إلى أن يأتي الكوفة لأن خروجه من البصرة لأجل المال وله أن ينفق أيضاً ما أقام بالكوفة حتى يعود إلى البصرة، لأن وطنه بالكوفة كان وطن إقامة وأنه يبطل بالسفر، فإذا عاد إليها وليس له بها وطن فكان إقامته فيها لأجل المال. كذا في البدائع والمحيط والفتاوى الظهيرية اهـ. ويظهر منه أنه لو كان له وطن في الكوفة أيضاً ليس له الإنفاق إلا في الطريق، ورأيت التصريح به في التاترخانية من الخامس.

والحاصل: أنه إذا أخذ مالاً بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قدم الكوفة مسافراً قبل ذلك فلا نفقة له ما دام بها حتى يرغب عنها، وعليه فلا يخفى ما في كلام الشارح من الإيجاز الملحق بالألغاز.

أقول: وحق العبارة هكذا: ما لم يأخذ مالها فيه لأنه لم يحبس به، ويفيد بمفهومه أنه إذا احتبس بأن سافر من البلدة التي أخذ المال فيها ثم عاد بالمال إليها كان له النفقة لأنه احتبس به حينئذ. قوله: (أو خلط الخ) أو بعرف شائع كما قدمنا أنه لا يضمن به. قوله: (بإذن) أي تصير شركة ملك فلا تنافي المضاربة ونظيره ما قدمناه لو دفع إليه ألفاً نصفها قرض ونصفها مضاربة صح ولكل نصف حكم نفسه اهـ. مع أن المال مشترط شركة ملك

أو بمالين لرجلين أنفق بالحصة وإذا قدم رد ما بقي. مجمع. ويضمن الزائد على المعروف، ولو أنفق من ماله ليرجع في مالها له ذلك ولو هلك لم يرجع على المالك **(ويأخذ المالك قدر ما أنفقه المضارب من رأس المال إن كان ثمة ربح، فإن استوفاه وفضل شيء)** من الربح **(اقتسماه)** على الشرط لأن ما أنفقه يجعل كالهالك والهالك يصرف إلى الربح كما مر **(وإن لم يظهر ربح فلا شيء عليه)** أي المضارب **(وإن باع**

فلم يضمن للمضاربة، وبه ظهر أنه لا ينافي ما قدمه الشارح عن الكافي من أنه ليس للشريك نفقة، فافهم. قوله: **(أو بمالين لرجلين)** هذا مخصوص بأن لا يكون المال الآخر بضاعة.

قال في المحيط البرهاني: ولو كان أحدهما بضاعة فنفقته في المضاربة، إلا أن يتفرغ للعمل في البضاعة ففي ماله إلا أن يأذن له المستبضع بالنفقة منها لأنه متبرع.

تاترخانية في الخامس عشر فيها من العتابية: ولو رجع المضارب من سفره بعد موت رب المال فله أن ينفق من المال على نفسه وعلى الرقيق، وكذا بعد النهي، ولو كتب إليه ينهاه وقد صار المال نقداً لم ينفق في رجوعه اهـ. قوله: **(رد ما بقي)** أي لو ميز مالاً للنفقة فأنفق بعضه وبقي منه شيء حين قدم مصره رد ما بقي إلى المضاربة لأن الاستحقاق أمر ينتهي بانتهاء السفر. حموي عن ابن ملك. والظاهر أنه يرد ما زاد عنده مما اشتراه للنفقة من كسوة وطعام عند انتهاء السفر. قوله: **(ولو أنفق من ماله)** أو استدان على المضاربة للنفقة. بحر. وهذا يفيد أن قولهم لا يملك الاستدانة مقيد بغير النفقة. قوله: **(له ذلك)** وكذا لو استدان على المضاربة للنفقة؛ لأن التدبير في الإنفاق إليه كالوصي إذا أنفق من مال نفسه على الصغير اهـ. قوله: **(ولو هلك)** أي مال المضاربة قبل أن يرجع. قوله: **(لم يرجع على المالك)** لفوات محل النفقة. بحر. قوله: **(ويأخذ الخ)** أي أن المالك يأخذ المال الذي أنفقه المضارب من رأس المال من المال الذي جاء به المضارب، فإذا استوفى رب المال رأس ماله الذي دفعه إلى المضارب بما اشترى به البضاعة وما أنفقه وفضل شيء اقتسماه، وإن لم يظهر ربح فلا شيء على المضارب عوضاً عما أنفقه على نفسه. قوله: **(من رأس المال)** متعلق بأنفق.

قال في البحر: وفيه إشارة إلى أن المضارب له أن ينفق على نفسه من مال المضاربة قبل الربح اهـ. قيد بالنفقة لأنه لو كان في المال دين غيرها تقدم إيفاؤه على رأس المال كما في المنح.

وفي البحر أيضاً: وأطلق المضارب ليفيد أنه لا فرق بين المضارب ومضاربه إذا كان أذن له في المضاربة وإلا فلا نفقة للثاني. قوله: **(إن كان ثمة ربح)** الأوضح أن يقول: من الربح إن كان ثمة ربح. قوله: **(وإن لم يظهر ربح فلا شيء عليه)** أي على المضارب عوضاً عما أنفقه على نفسه.

المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان وأجرة السمسار والقصار والصباغ ونحوه) مما اعتيد ضمه (ويقول) البائع (قام علي بكذا وكذا يضم إلى رأس المال ما يوجب زيادة فيه حقيقة أو حكماً أو اعتاده التجار) كأجرة السمسار هذا هو الأصل. نهاية (لا) يضم (ما أنفقه على نفسه) لعدم الزيادة والعادة.

(مضارب بالنصف شرى بألفها بزاً) أي ثياباً (وباعه بألفين وشرى بهما عبداً فضاعا في يده) قبل نقدهما لبائع العبد

وحاصل المسألة: أنه لو دفع له ألفاً مثلاً فأنفق المضارب من رأس المال مائة وربح مائة يأخذ المالك المائة الربح بدل المائة التي أنفقها المضارب ليستوفي المالك جميع رأس ماله، فلو كان الربح في هذه الصورة مائتين يأخذ مائة بدل النفقة ويقتسمان المائة الثانية بينهما على ما شرطاه فتكون النفقة مصروفة إلى الربح ولا تكون مصروفة رأس المال، لأن رأس المال أصل والربح تبع فلا يسلم لهما التبع حتى يسلم لرب المال الأصل. عيني. قوله: (حسب ما أنفق الخ) وفي الكافي: شرى بالمال ثياباً وهو ألف واستقرض مائة للحمل رابح بألف ومائة عند الإمام وعندهما عن مائة فقط، ولو باعها بألفين قسم على أحد عشر جزءاً سهم له والعشرة للمضاربة. قوله: (من الحملان) قال في مجمع البحرين: والحملان بالضم الحمل مصدر حمله، والحملان أيضاً أجر ما يحمل اهـ. وهو المراد ط. قوله: (وأجرة السمسار) هو تكرار مع ما تقدم في المتن. قوله: (وكذا يضم إلى رأس المال ما يوجب زيادة) لأنها بالزيادة من الثمن صارت كالثمن. زيلعي. وهو مستغني عنه بما قبله ط. قوله: (حقيقة) كالصبغ والخياطة وكسوة المبيع وغيره. قوله: (أو حكماً) كالقصارة وحمل الطعام وسوق الغنم وسقي الزرع وغيره. قوله: (وهذا هو الأصل نهاية) أشار بهذا إلى ما مر في باب المرابحة بقوله: وضابطه كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يضم، واعتمد العيني عادة التجار بالضم، فإذا جرت العادة بضم ذلك يضم. قوله: (على نفسه) أي في السفر ففي الإقامة أولى. قوله: (لعدم الزيادة والعادة) لما كان[٦] في عبارة المنح ما يشعر بأن بعض النفقة تكون سبباً لزيادة الثمن لكن لم تجر العادة بضمها، وهذا البحث يتعلق بباب المرابحة وقد تقدم تحقيقه، وعلى كل فهو تكرار مع ما في المتن، والأولى التمثيل بما يأخذه العشار. قوله: (بزاً) قال محمد في السير. البز عند أهل الكوفة: ثياب الكتان أو القطن لا ثياب الصوف أو الخز. منح عن المغرب. وقيل هو متاع البيت. ذكره مسكين. قوله: (أي ثياباً) أطلقه إشارة إلى أن الحكم غير مقيد بحقيقة البز التي هي الكتان أو القطن أو متاع البيت. قوله: (فضاعا) أي الألفان ملكا في يده

---

(٦) في ط (قوله لما كان الخ) مكتوب بالأصل.

(غرم للمضارب) نصف الربح (ربعهما و) غرم (المالك الباقي و) يصير (ربع العبد) ملكاً (للمضارب) خارجاً عن المضاربة لكونه مضموناً عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما تناف (وباقيه لها ورأس المال) جميع ما دفع المالك وهو (ألفان وخمسمائة) ولكن (يربح) المضارب في بيع العبد (على ألفين) فقط لأنه شراه بهما.

(ولو بيع) العبد (بضعفهما) بأربعة آلاف (فحصتها ثلاثة آلاف) لأن ربعه للمضارب (والربح منها نصف الألف بينهما) لأن رأس المال ألفان وخمسمائة.

(ولو شرى من ربّ المال بألف عبداً

من غير تقصير منه برهان. قوله: (غرم للمضارب ربعهما) لأن المال لما صار ألفين ظهر الربح في المال وهو ألف وكان بينهما نصفين فيصيب المضارب منه خمسمائة، فإذا اشترى بالألفين عبداً صار مشتركاً بينهما فربعه للمضارب وثلاثة أرباعه لرب المال، ثم إذا ضاع الألفان قبل النقد كان عليهما ضمان العبد على قدر ملكهما في العبد، فربعه على المضارب وهو خمسمائة وثلاثة أرباعه على رب المال وهو ألف وخمسمائة. منح. وهو مشكل لأن مال المضاربة في يده أمانة وما شراه إنما شراه للمضاربة ألا يرى أنه بعد اقتسام الربح قبل فسخ المضاربة لو وقع خسران يسترد منه الربح، فعلمنا أن الربح لم يملكه بمجرد حصوله ولم يقع الشراء له، فليتأمل وجهه. قوله: (وغرم المالك الباقي) ولكن الألفان يجبان جميعاً للبائع على المضارب ثم يرجع المضارب على رب المال بألف وخمسمائة، لأن المضارب هو المباشر للعقد وأحكام العقد ترجع إليه. إتقاني. قوله: (لكونه مضموناً) علة لقوله: (خارجاً عن المضاربة) أي بين الضمان المفهوم من مضمون وبين الأمانة. قوله: (وباقيه لها) لأن ضمان رب المال لا ينافي المضاربة. قوله: (ولو بيع العبد) أي والمسألة بحالها. قوله: (فحصتها ثلاثة آلاف) ثمن ثلاثة أرباع العبد. قوله: (لأن ربعه) أي ربع العبد ملك للمضارب كما تقدم. قوله: (بينهما) أي والألف يختص بها المضارب كما مر. قوله: (ولو شرى من رب المال بألف عبدا) أي قيمته ألف فالثمن والقيمة سواء، وإنما قلنا ذلك لأنه لو كان فيهما فضل بأن اشترى رب المال عبداً بألف قيمته ألفان ثم باعه من المضارب بألفين بعد ما عمل المضارب في ألف المضاربة وربح فيها ألفاً فإنه يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة حصة المضارب: أما لو كان مال المضاربة ألفين فهي كالمسألة الأولى وكذا إذا كان في قيمة المبيع فضل دون الثمن بأن كان العبد يساوي ألفاً وخمسمائة فاشتراه رب المال بألف وباعه من المضارب بألف يبيعه المضارب مرابحة على ألف ومائتين وخمسين، وكذا عكسه بأن شرى عبداً قيمته ألف بألف فباعه منه بألف. فالمسألة رباعية: قسمان لا يرابح فيهما إلا على ما اشترى رب المال، وهما إذا كان لا فضل فيهما أو لا فضل في قيمة المبيع فقط. وقسمان يرابح عليه وعلى حصة المضارب، وهما إذا كان فيهما فضل أو في قيمة

شراء) رب المال (بنصفه رابح بنصفه) وكذا عكسه لأنه وكيله، ومنه علم جواز شراء المالك من المضارب وعكسه.

(ولو شرى بألفها عبداً قيمته ألفان فقتل العبد رجلاً خطأ فثلاثة أرباع الفداء على المالك وربعه على المضارب) على قدر ملكهما.

(والعبد يخدم المالك ثلاثة أيام والمضارب يوماً) لخروجه عن المضاربة بالفداء

المبيع فقط، وهذا إذا كان البائع رب المال، فلو كان المضارب فهو على أربعة أقسام أيضاً كما يأتي. وتمامه في البحر عن المحيط. قوله: (شراء رب المال بنصفه) صفة عبد. قوله: (رابح بنصفه) جواب شراء، أي فلا يجوز أن يبيعه مرابحة على ألف لأن بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لأنه وكيله فيكون بيع ماله بماله فيكون كالمعدوم وهو لا يجوز.

وفي حاشية الشلبي: لأن عقد المرابحة عقد أمانة فيجب تنزيهه عن الخيانة وعن شبهة الخيانة، والعقد الأول وقع لرب المال والثاني كذلك، لأن شراء المضارب لا يخرج عن ملك رب المال إلا أنه صح العقد لزيادة فائدة وهي ثبوت اليد والتصرف للمضارب فبقي شبهة عدم وقوع العقد الثاني فبيعه مرابحة على الثمن الأول وذلك خمسمائة. قوله: (وكذا عكسه) وهو ما لو كان البائع المضارب والمسألة بحالها بأن شرى رب المال بألف عبداً شراه المضارب بنصفه وزادتي المال ألف فإنه يرابح بنصفه: أي يبيعه مرابحة على خمسمائة، لأن البيع الجاري بينهما كالمعدوم، وهذا إذا كانت قيمته كالثمن لا فضل فيهما، ومثله لو الفضل في القيمة فقط. أما لو كان فيهما فضل أو في الثمن فقط فإنه يرابح على ما اشترى به المضارب وحصة المضارب، وبه علم أنه المسألة رباعية أيضاً. وتمامه في البحر. قوله: (ومنه علم جواز شراء المالك من المضارب وعكسه) أما شراء المالك من المضارب مال المضاربة فإنه وإن كان مال المالك لكنه لا يملك التصرف فيه بعد صيرورته عروضاً، وصحة العقد تحتمل حصول الثمرة وقد حصلت بملكه التصرف. وأما شراء المضارب من رب المال فهو صحيح، لأن ما شراه لا يملك فيه العين ولا التصرف، وهو وإن شراء للمالك لأنه وكيل عنه، لكن في شرائه فائدة وهو حصول الربح اهـ. وفيه فائدة للمالك أيضاً لأنه ربما يعجز عن بيعه بنفسه. قوله: (ولو شرى) أي من معه ألف بالنصف كما قيد به في الكنز. قوله: (لخروجه عن المضاربة بالفداء) لأن الفداء مؤنة المالك فيتقدر بقدره، فإذا فدياه خرج العبد كله عن المضاربة. أما نصيب المضارب فإنه صار مضموناً عليه. وأما نصيب رب المال فبقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما، لأن قضاءه بالفداء يتضمن قسمة العبد بينهما لأن الخطاب بالفداء يوجب سلامة المفدي ولا سلامة إلا بالقسمة. زيلعي.

قال في البحر: لأن الفداء مؤنة الملك وقد كان الملك بينهما أرباعاً لأنه لما صار المال

للتنافي كما مر. ولو اختار المالك الدفع والمضارب الفداء فله ذلك لتوهم الربح حينئذ.

عبداً واحداً ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال، فإذا فدياه خرج عن المضاربة لأن نصيب المضارب صار مضموناً عليه ونصيب رب المال صار له بقضاء القاضي بالفداء عليهما، وإذا خرج عنها بالدفع أو بالفداء غرم على قدر ملكيهما اهـ.

والفرق بين هذا وبين ما مر حيث لا يخرج هناك ما خص رب المال عن المضاربة، وهنا يخرج لأن الواجب هناك ضمان التجارة وهو لا ينافي المضاربة، وهنا ضمان الجناية وهو ليس من التجارة في شيء فلا يبقى على المضاربة. كفاية. قوله: (كما مر) أي قريباً من أن ضمان المضارب ينافي المضاربة. قوله: (ولو اختار المالك الدفع الخ) قال في البحر قيد بقوله قيمته ألفان؛ لأنه لو كانت قيمته ألفاً فتدبير الجناية إلى رب المال؛ لأن الرقبة على ملكه لا ملك للمضارب فيها. فإن اختار رب المال الدفع والمضارب الفداء مع ذلك فله ذلك؛ لأنه يستبقي بالفداء مال المضاربة وله ذلك، لأن الربح يتوهم. كذا في الإيضاح اهـ. ونحوه في غاية البيان.

ولا يخفى أن الربح في مسألة المصنف محقق، بخلاف هذه فقد مثل لغير مذكور، على أن الظاهر أنه في مسألة المتن لا ينفرد أحدهما بالخيار لكونه لهما مشتركاً، يدل عليه ما في غاية البيان ويكون الخيار لهما جميعاً إن شاءا فدياه وإن شاءا دفعاه. فتأمل اهـ.

أقول: لكن صدر عبارة البحر ينافي آخرها، وتقديمه قولان:

الأول: أن الخيار لرب المال لأن العبد ملكه وحده.

والثاني: أن الخيار للمضارب لتوهم الربح واستبقاء المضاربة. ثم لا تنافي بين قوله هنا لاستبقاء المضاربة وقول الشرح فيما مر أنه يخرج عن المضاربة بالفداء؛ لأن ما مر فيه للمضارب ربح فيضمن قدر ربحه من الفداء والضمان ينافي المضاربة، بخلاف ما هنا. تأمل.

وفي البحر قبله: ثم اعلم أن العبد مشترك في المضاربة إذا جنى خطأ لا يدفع بها حتى يحضر المضارب ورب المال، سواء كان الأرش مثل قيمة العبد أو أقل أو أكثر، وكذا لو كانت قيمته ألفاً لا غير لا يدفع إلا بحضرتهما؛ لأن المضارب له فيه حق ملك حتى ليس لرب المال أن يأخذه ويمنعه من بيعه كالمرهون إذا جنى خطأ لا يدفع إلا بحضرة الراهن والمرتهن.

والحاصل: أنه يشترط حضرة رب المال والمضارب للدفع دون الفداء، إلا إذا أبى المضارب الدفع والفداء وقيمته مثل رأس المال فلرب المال دفعه لجنايته، فإن كان أحدهما غائباً وقيمة العبد ألفا درهم ففداه الحاضر كان متطوعاً لأنه أدى دين غيره بغير أمره، وهو

(اشترى بألفها عبداً وهلك الثمن قبل النقد) للبائع لم يضمن لأنه أمين، بل (دفع المالك) للمضارب (ألفاً أخرى ثم وثم) أي كلما هلك دفع أخرى إلى غير نهاية (ورأس المال جميع ما دفع) بخلاف الوكيل، لأن يده ثانياً يد استيفاء لا أمانة.

(معه ألفان فقال) للمالك (دفعت إلي ألفاً وربحت ألفاً وقال المالك دفعت ألفين فالقول للمضارب)

غير مضطر فيه، فإنه لو أقام بينة على الشركة لا يطالب بحصة صاحبه لا بالدفع ولا بالفداء. كذا في النهاية. وذكر قاضيخان أن المضارب ليس له الدفع والفداء وحده لأنه ليس من أحكام المضاربة، فلذا كان إليهما اهـ.

قال المقدسي: ولو اختار المضارب وحده الدفع دفع حصته والمالك مخير في الباقي بين الدفع والفداء اهـ. قوله: (اشترى) أي المضارب. قوله: (ثم وثم) فيه حذف المعطوف ودخول العاطف على مثله. حموي. قوله: (ورأس المال جميع ما دفع) بمعنى لا يكون للمضارب شيء من الربح حتى يصل رب المال إلى جميع ما أوصله المضارب على أنه ثمن، أما إذا أراد المضارب أن يبيعه مرابحة لا يرابح إلا على ألف كما تقدم اهـ شلبي. قوله: (بخلاف الوكيل) إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء، ثم هلك بعد الشراء فإنه لا يرجع إلا مرة لأنه أمكن جعله مستوفياً لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا وكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة، وفيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه المال فهلك بعده لا يرجع لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفياً بالقبض بعده. أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفياً فإذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء. بحر.

والحاصل: أن الوكيل إذا قبض الثمن بعد الشراء ثم هلك فإنه لا يرجع لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفياً بالقبض بعده. وأما لو دفع إليه قبل الشراء فهلك بعد الشراء يرجع مرة، لأن المدفوع إليه قبل أمانة في يده وهو قائم على الأمانة بعده، فإذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء. أفاده المصنف. قوله: (لأن يده ثانياً يد استيفاء لا أمانة) بيانه أن المال في يد المضارب أمانة ولا يمكن جعله على الاستيفاء لأنه لا يكون إلا بقبض مضمون، فكل ما قبض يكون أمانة وقبض الوكيل ثانياً استيفاء لأن وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع، فإذا قبضه صار مستوفياً له فصار مضموناً عليه فيهلك عليه، بخلاف ما إذا لم يكن مدفوعاً إليه إلا بعد الشراء حيث لا يرجع أصلاً، لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفياً بالقبض بعده، إذ المدفوع إليه قبله أمانة وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفياً، فإذا هلك يرجع مرة فقط لما قلنا. قوله: (معه) أي المضارب. قوله: (فالقول للمضارب) وقال زفر: القول

لأن القول في مقدار المقبوض للقابض أميناً أو ضميناً، كما لو أنكره أصلاً.

(ولو كان الاختلاف مع ذلك في مقدار الربح فالقول لرب المال في مقدار الربح فقط) لأنه يستفاد من جهته (وأيهما أقام بينة تقبل) وإن أقاماها فالبينة بينة رب المال في دعواه الزيادة في رأس المال، (و) بينة (المضارب في دعواه الزيادة في الربح) قيد الاختلاف بكونه في المقدار، لأنه لو كان في الصفة فالقول لرب المال فلنا قال (معه

لرب المال، وهو قول أبي حنيفة أولاً، لأن المضارب يدعي الربح والشركة فيه ورب المال ينكره. فالقول قول المنكر. ثم رجع وقال: القول قول المضارب، وهو قولهما بأن حاصل اختلافهما في المقبوض فالقول قول القابض في مقدار المقبوض ولو ضميناً اعتباراً بما لو أنكره أصلاً فإن القول له. قوله: (لأن القول في مقدار المقبوض للقابض) لأنه أحق بمعرفة مقدار المقبوض. قوله: (أميناً) أي كالمودع. قوله: (أو ضميناً) كالغاصب. قوله: (كما لو أنكره) أي القبض أصلاً فالقول قوله. قوله: (ولو كان الاختلاف مع ذلك) أي مع الاختلاف في المقبوض الاختلاف في مقدار الربح، بأن قال المال رب رأس المال ألفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لي نصف الربح كان القول للمضارب في قدر رأس المال لأنه القابض، والقول لرب المال في مقدار الربح لأنه المنكر للزيادة، وهو لو أنكر استحقاق الربح عليه بالكلية بأن ادعى البضاعة قبل منه، فكذا في إنكاره الزيادة. ذكره الزيلعي. قوله: (فقط) لا في رأس المال، بل القول فيه للمضارب لأنه القابض كما علمت. قوله: (لأنه يستفاد من جهته) أي من جهة رب المال من حيث إن الربح نماء ملكه. قوله: (وإن أقاماها الخ) أي لأن بينة رب المال في زيادة رأس المال أكثر إثباتاً، ولأن بينة المضارب في زيادة الربح أكثر إثباتاً كما في الزيلعي.

ويؤخذ من هذا ومن الاختلاف في الصفة أن رب المال لو ادعى المضاربة وادعى من في يده المال أنها عنان وله في المال كذا وأقاما البينة فبينة ذي اليد أولى، لأنها أثبتت حصة من المال وأثبتت الصفة.

أقول: لكن قد يقال: إن كلتا البينتين أثبتت حصة وصفة وتزيد بينة رب المال بأنه خارج، إلا أن يقال: إن الصفة التي أثبتتها بينة القابض أقوى، لأن شركة العنان أقوى من المضاربة، فليتأمل. قوله: (في المقدار) أي مقدار المقبوض. قوله: (لأنه لو كان في الصفة) أي صفة المدفوع هل هو مضاربة أو بضاعة؟ وقال المالك بضاعة ولم أجعل لك من الربح شيئاً، وقال من في يده المال مضاربة وجعلت لي نصف الربح فالقول لرب المال، لأن العامل يدعي عليه استحقاق أجر على عمله وهو ينكر والقول للمنكر، وكان الأولى تقديم هذه المسألة على المسألة السابقة فيقول: قيد بكونه في مقدار المقبوض، لأنه لو كان في مقدار الربح أيضاً أو في الصفة فالقول لرب المال.

ألف فقال هو مضاربة بالنصف وقد ربح ألفاً وقال المالك هو بضاعة فالقول للمالك) لأنه منكر **(وكذا لو قال المضارب هي قرض رب المال هي بضاعة أو وديعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب)** لأنه يدعي عليه التمليك وذلك ينكر.

(وأما لو ادعى المالك القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب) لأنه ينكر الضمان، وأيهما أقام البينة قبلت **(وإن أقاما)** بينة **(فبينة رب المال أولى)** لأنها أكثر إثباتاً.

قال العلامة الرحمتي: وقوله لأنه لو كان في الصفة ليس على إطلاقه، لأنه لو ادعى المالك القرض والقابض المضاربة أو البضاعة أو الوديعة كان القول للقابض كما سيأتي متناً. قوله: **(فقال)** أي المضارب. قوله: **(وقال المالك)** الأولى ذو اليد. قوله: **(فالقول للمالك)** لأنه منكر، ولأن المضارب يدعي عليه تقويم عمله أو شرطاً من جهته أو يدعي الشركة في الربح وهو ينكر. ذكره ابن الكمال. قوله: **(ولو قال المضارب)** الأولى واضع اليد لأن المسألتين الأوليين اتفقا فيهما على عدم المضاربة. قوله: **(هي قرض)** أي وجميع الربح لي. قوله: **(أو وديعة)** إنما كان القول له وإن كان الربح ليس له منه شيء لما ذكره المؤلف من أنه يدعي عليه التمليك وهو ينكر. قوله: **(والبينة بينة المضارب)** سواء أقامها وحده أو مع رب المال، لأنها تثبت أمراً زائداً وهو التمليك بالقرض. قوله: **(لأنه يدعي عليه التمليك)** أي تمليك بعض الربح فيما إذا ادعى المضاربة وتمليك عين المال فيما إذا ادعى القرض؛ لأن المستقرض يملكه ولهذا كان ربحه له. قوله: **(لأنه ينكر الضمان)** أي ورب المال يدعيه والقول للمنكر، فقد خرجت هذه عن قاعدة الاختلاف في الوصف لهذه العلة لأنها أكثر إثباتاً لأنها تثبت عليه ضمان البدل ط. قوله: **(فبينة رب المال أولى لأنها أكثر إثباتاً)** لأنه يدعي عليه الضمان بالقرض، وهذا معنى قوله «لأنها أكثر إثباتاً» وهذا ظاهر فيما إذا ادعى المالك القرض لأنها تثبت الضمان على المستقرض. أما لو ادعى القابض القرض فينبغي أن تكون البينة له، لأن بينته أكثر إثباتاً وهو تملك المال المقبوض، وكذا لو ادعى المضاربة لأنها تثبت استحقاقاً في الربح. تأمل.

والحاصل: أن القول لمدعي المضاربة في الوجهين والبينة بينة مدعي القرض فيهما على ما ذكر.

وفي البدائع قال: دفعت لي ألفاً مضاربة فهلكت فقال المقر له لا بل غصبتها مني: فإن الهلاك قبل التصرف فلا ضمان، وإن بعده يضمن؛ يعني لأن التصرف في مال الغير سبب لوجوب الضمان في الأصل فكان دعوى الإذن دعوى البراءة عن الضمان فلا يثبت.

وأما الاختلاف في النوع: فإن ادعى المضارب العموم أو الإطلاق وادعى المالك الخصوص فالقول للمضارب لتمسكه بالأصل.

إلا بحجة. والظاهر أن هذا لا يجري فيما نحن فيه لأنه أقر بالقبض المبيح للتصرف. قوله: (وأما الاختلاف في النوع) هذا مقابل قوله المار: (لأنه لو كان في الصفة) وكان عليه أن يؤخر هذا إلى قوله: (ولو ادعى كل نوعاً) لأن الاختلاف في العموم والخصوص ليس من الاختلاف في النوع بل من الصفة فلا يتم التفريع الآتي عليه وهو قوله: (فإن ادعى المضارب الخ).

قال في البدائع: فإن اختلفا في العموم والخصوص فالقول قول من يدعي العموم بأن ادعى أحدهما المضاربة في جميع التجارات أو في عموم الأمكنة أو مع عموم الأشخاص، لأن قول من يدعي العموم يوافق المقصود بالعقد، إذ المقصود هو الربح وهذا المقصود بالعموم أوفر. وكذا لو اختلفا في الإطلاق والتقييد فالقول قول من يدعي الإطلاق، حتى لو قال رب المال أذنت لك أن تتجر في الحنطة دون ما سواها، وقال المضارب ما سميت لي تجارة بعينها فالقول قول المضارب مع يمينه، لأن الإطلاق أقرب إلى المقصود بالعقد على ما بينا.

وقال الحسن بن زياد: القول قول رب المال في الفصلين: فإن قامت لهما بينة فالبينة بينة من يدعي الخصوص في دعوى العموم والخصوص وفي دعوى الإطلاق والتقييد بينة من يدعي التقييد لأنها تثبت زيادة قيد وبينة الإطلاق ساكتة. ولو اتفقا على الخصوص لكنهما اختلفا في ذلك الخاص بأن قال رب المال دفعت المال إليك مضاربة في البز وقال المضارب في الطعام فالقول قول رب المال اتفاقاً، لأنه لا يمكن الترجيح هنا بالمقصود من العقد لاستوائهما في ذلك فترجح بالإذن، وأنه يستفاد من رب المال، فإن أقاما البينة فالبينة بينة المضارب، لأن بينته مثبتة وبينة رب المال نافية، لأنه لا يحتاج إلى الإثبات والمضارب يحتاج له لدفع الضمان عن نفسه، فالبينة المثبتة للزيادة أولى. كذا في الحواشي الحموية. قوله: (فإن ادعى المضارب العموم) أي في أنواع التجارات. قوله: (أو الإطلاق) بأن قال أطلقت لي في السفر براً وبحراً. قوله: (وادعى المالك الخصوص) أي بنوع من التجارة.

والمناسب أو التقييد ليحسن المقابلة بأن قال قيدت لك السفر بالبر. قوله: (فالقول للمضارب) لأن الأصل في المضاربة العموم، إذ المقصود منها الاسترباح والعموم والإطلاق يناسبانه. وهذا إذا تنازعا بعد تصرف المضارب، فلو قبله فالقول للمالك، كما إذا ادعى المالك بعد التصرف العموم والمضارب الخصوص فالقول للمالك. در منتقى. ومثله في النهاية وغاية البيان والزيلعي والبحر وغيرها. وحكى ابن وهبان في نظمه قولين.

ولو ادعى كل نوعاً فالقول للمالك والبينة للمضارب فيقيمها على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان.

ولو وقتت البينتان قضي بالمتأخرة، وإلا فبينة المالك مال المصنف إلى نفسه.

وفي مجموعة الأنقروي عن محيط السرخسي: لو قال رب المال هو قرض والقابض مضاربة، فإن بعد ما تصرف فالقول لرب المال والبينة بينته أيضاً والمضارب ضامن، وإن قبله فالقول قوله ولا ضمان عليه: أي القابض لأنهما تصادقا على أن القبض كان بإذن رب المال ولم يثبت القرض لإنكار القابض اهـ. ونقل فيها عن الذخيرة من الرابع مثله، ومثله في كتاب القول لمن من غانم البغدادي عن الوجيز، وبمثله أفتى علي أفندي مفتي الممالك العثمانية، وكذا قال في فتاوى ابن نجيم: القول لرب المال.

ويمكن أن يقال: إن ما في الخانية والمصنف وما قدمناه عن الغاية الملتقى فيما إذا كان قبل التصرف حملاً للمطلق على المقيد لاتحاد الحادثة والحكم، وبالله التوفيق، كذا في مجموعة منلا علي ملخصاً. قوله: (ولو ادعى كل نوعاً) بأن قال أحدهما في بز وقال الآخر في بر. قوله: (فالقول للمالك) لأنهما اتفقا على الخصوص فكان القول قول من يستفاد من جهته الإذن والبينة بينة المضارب لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجته إلى البينة. ذكره الزيلعي. قوله: (والبينة للمضارب فيقيمها على صحة تصرفه) يعني أن البينة تكون حينئذ على صحة تصرفه لا على نفي الضمان حتى تكون عن النفي فلا تقبل. قوله: (ولو وقتت البينتان) بأن قال رب المال أديت إليك مضاربة أن تعمل في بز في رمضان وقال المضارب دفعت إلي لأعمل في طعام في شوال وأقاما البينة. قوله: (قضي بالمتأخرة) لأن آخر الشرطين ينقض الأول. عناية. قوله: (وإلا) أي إن لم يوقتا أو وقتت إحداهما دون الأخرى. قوله: (فبينة المالك) لأنه يتعذر القضاء بهما معاً للاستحالة، وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك، وإذا تعذر بهما القضاء فبينة رب المال أولى لأنها تثبت ما ليس بثابت. أفاده الأكمل. وهذا ينافي ما قدمه من أن البينة للمضارب إذ هو عند تعارض البينتين وإلا فهي لمن أقامها، إلا أن يحمل على أن البينة أقامها المضارب فقط وهو بعيد، لأنه إذا انفرد كل بإقامة البينة قبلت منه فلا وجه للتخصيص.

وحاصله: أنه لم يظهر وجه ما ذكره لأن المفهوم من تصوير صاحب الدرر والعزمية أنهما اتفقا على المضاربة واختلفا في الوقت وأقاما بينة وأرخت البينتان يقضي بالمتأخرة فلا يقال: وإلا لأنهما إذا لم يوقتا لا حاجة إليهما بعد الاتفاق على المضاربة، إلا أن يقال: إلا أن الاختلاف في التوقيت مبني على الاختلاف في النوع، لكن المفهوم خلافه.

قال خير الدين الرملي: وجهه أن المضارب بقوله ما سميت لي تجارة بعينها يدعي التعميم وهو أصل في المضاربة فالقول قول من يدعيه ورب المال بدعواه النوع ادعى

فروع: دفع الوصي مضاربة جاز، وقيده الطرسوسي بأن لا يجعل الوصي لنفسه من الربح أكثر مما يجعل لأمثاله. وتمامه في شرح الوهبانية.

التخصيص وهو خلاف الأصل فيها، والبينة للإثبات والإثبات على من خالف الأصل.

وأقول: على هذا الاختلاف بين الوكيل والموكل في ذلك على العكس. تأمل.

قال في البحر في الوكالة: أمرتك بالاتجار في البر وادعى الإطلاق فالقول للمضارب لادعائه عمومه. وعن الحسن عن الإمام أنه لرب المال، لأن الإذن يستفاد منه، وإن برهنا فإن نص شهود العامل أنه أعطاه مضاربة في كل تجارة فهو أولى لإثباته الزيادة لفظاً ومعنى، وإن لم ينصوا على هذا الحرف فلرب المال ا هـ. قوله: (جاز) فيكون عائداً من الجانبين كما في النكاح وهبة الأب من طفله. قوله: (وقيده الطرسوسي) أي بحثاً منه. ورده ابن وهبان بأنه تقييد لإطلاقهم برأيه مع قيام الدليل على الإطلاق. واستظهر ابن الشحنة ما قاله الطرسوسي نظراً للصغير: أي ويكون هذا التقييد مراد من أطلق ليحصل به نفي التهمة، لكن في جامع الفصولين عن الملتقط: ليس للوصي في هذا الزمان أخذ مال اليتيم مضاربة فهذا يفيد المنع مطلقاً. قوله: (بأن لا يجعل الوصي لنفسه من الربح أكثر مما يجعل لأمثاله) بأن كان الغير يجعل لليتيم النصف منه فجعل الوصي الثلث له. قوله: (وتمامه في شرح الوهبانية) أي لابن الشحنة، لأنه إذا أطلق شرح الوهبانية ينصرف إليه، كما إذا أطلق شرح الكنز ينصرف للشارح الزيلعي، وكذا شرح الوقاية للشارح الشمني، وشرح الهداية لصاحب فتح القدير، وشرح القدوري للجوهرة كما هو مقتضى كلامهم.

وعبارة ابن الشحنة: حيث قال بعد الذي ذكره الشارح: حتى لو كان الناس يعتقدون المضاربة بالنصف حتى عقدها هو لنفسه في مال الصغير بالثلث لا يجوز له ذلك، وقال: إنه ما زاد ذلك إلا دفعاً لما توهمه عبارة الذخيرة من الجواز للتعليل بالاستماع وعدم الاستحقاق في مال الصغير، وإنما هو من الربح الحاصل بعمل المضارب، وقال إنه لم يقف على هذا التقييد في كلام الأصحاب، ولكنه ينبغي أن يكون كذلك نظراً للصبي.

وتعجب المصنف من تقييده بما أطلقه المشايخ برأيه مع قيام الدليل على الإطلاق لأنه نفع صرف، ووثوق الوصي بنفسه ليس كوثوقه بغيره، نعم لو جعله من باب الديانة والمروءة لكان حسناً، لكن لو عقد بأقل صح ا هـ.

قلت: الأظهر عندي ما قاله الطرسوسي، لأن تصرف الوصي إنما هو بالولاية النظرية ولا نظر للصبي في المضاربة في مال بأقل مما يفعله أمثال الوصي من الثقات، بل النظر فيه لجانب الوصي فإنه يحصل لنفسه ربحاً به يتعذر حصوله بدون مال اليتيم مع الحيف على اليتيم وإن كان مصلحة من حيث إنه يحصل الربح في الجملة، اللهم إلا أن

وفيها: مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف عاد ديناً في تركته.

وفي الاختيار: دفع المضارب شيئاً للعاشر ليكف عنه ضمن لأنه ليس من أمور التجارة، لكن صرح في مجمع الفتاوى بعدم الضمان في زماننا. قال: وكذا الوصي لأنهما يقصدان الصلاح، وسيجيء آخر الوديعة.

وفيه: لو شرى بمالها متاعاً فقال أنا أمسكه حتى أجد ربحاً كثيراً وأراد

يقال: يكفي حصول المصلحة في الجملة وإن أمكن ما هو أولى منها اهـ. قال الشرنبلالي بعد نقل ما عن الطرسوسي: ونازعه المصنف وارتضى الشارح ذلك القيد نظراً للصغير بحثاً منه انتهى.

أقول: ولا تنس ما قدمناه عن جامع الفصولين عن الملتقط. قوله: (وفيها) أي الوهبانية. قوله: (مات المضارب الخ) وكذا المودع والمستعير وكل من كان المال في يده أمانة إذا مات قبل البيان ولا تعرف الأمانة بعينها فإنه يكون عليه ديناً في تركته، لأنه صار بالتجهيل مستهلكاً للوديعة: أي مثلاً ولا يصدق ورثته على الهلاك والتسليم إلى رب المال؛ ولو عين الميت في حال الحياة أو علم ذلك يكون ذلك أمانة في يد وصيه أو وارثه كما كان في يده، ويصدقون على الهلاك والدفع إلى صاحبه كما يصدق الميت حال حياته انتهى. وسيأتي تمامه في الوديعة. قوله: (عاد ديناً في تركته) أي لأنه صار بالتجهيل مستهلكاً كما علمت، وأفتى به في الحامدية قائلاً: وبه أفتى قارىء الهداية. قوله: (لكن صرح في مجمع الفتاوى) نقل في المنح عنه ما نصه: قال الشيخ الإمام الأجل: وكان شيخنا يقول: الجواب في زماننا بخلاف هذا، ولا ضمان على المضارب فيما يعطى من مال المضاربة لسلطان طمع فيه وقصد أخذه بطريق الغصب، وكذا الوصي إذا صانع في مال اليتيم لأنهما يقصدان الإصلاح بهذه المصانعة، فلو لم يفعل أخذ الصانع جميع المال فدفع البعض لإحراز ما بقي من جملة الحفظ في زماننا، والأمين فيما يرجع إلى الحفظ لا يكون ضامناً؛ أما في زمانهم فكانت القوة لسلاطين العدل. انتهى مختصراً.

ويؤخذ من هذا أنه إذا دفع من مال نفسه يكون متبرعاً فيضيع عليه ما دفع إلا إذا أشهد عند الدفع أنه يرجع ويحرر. قال الرحمتي: لا يضمن في زماننا لغلبة أهل الظلم والرشوة إذا كانت لدفع الضرر عن نفسه ومن رب المال كانت جائزة للدافع مأذوناً فيها عادة من المالك وإن حرمت على الآخذ انتهى. قوله: (لأنهما يقصدان الإصلاح) أي في هذه الرشوة فدفع البعض لإحراز ما بقي من جملة الحفظ والأمين فيما يرجع للحفظ لا يكون ضامناً. منح. قوله: (وسيجيء آخر الوديعة) ونصه: إذا هدد وخاف تلف نفسه أو عضوه أو خشي أخذ ماله كله فلا ضمان، وفيما سوى ذلك يضمن، فتأمل. ويأتي الكلام على ذلك إن شاء الله تعالى. قوله: (وفيه لو شرى الخ) نقله في المنح بأبسط من

المالك بيعه، فإن في المال ربح أجبر على بيعه لعمله بأجر كما مر، إلا أن يقول للمالك أعطيك رأس المال وحصتك من الربح فيجبر المالك على قبول ذلك. وفي البزازية: دفع إليه ألفاً نصفها هبة ونصفها مضاربة فهلكت يضمن حصة الهبة اهـ.

مطلب حيث قال - وفيه أيضاً: إذا اشترى المضارب بالمال متاعاً فقال المضارب أنا أمسكه حتى أجد ربحاً كثيراً وأراد رب المال بيعه فهذا على وجهين: إما أن يكون في مال المضاربة فضل بأن كان رأس المال ألفاً فاشترى به متاعاً يساوي ألفين، أو لم يكن في المال فضل بأن كان رأس المال ألفاً واشترى به متاعاً يساوي ألفاً، ففي الوجهين جميعاً لا يكون للمضارب حق إمساك المتاع من غير رضا رب المال إلا أن يعطي رب المال رأس المال، إن لم يكن فيه فضل ورأس المال وحصته من الربح إن كان فيه فضل فحينئذ له حق إمساكه؛ وإن لم يعط ذلك ولم يكن له حق إمساكه هل يجبر على البيع. إن كان في المال فضل يجبر المضارب على بيعه لأنه سلم له بدل عمله فيجبر على العمل، إلا أن يقول لرب المال أعطيك رأس المال وحصتك من الربح إن كان في المتاع فضل أو يقول أعطيك رأس المال إن لم يكن فضل فإن اختار ذلك فحينئذ لا يجبر على البيع ويجبر رب المال على قبول ذلك نظراً من الجانبين، وإن لم يكن في المال فضل لا يجبر على البيع ويقال لرب المال المتاع كله خالص ملكك، فإما أن تأخذه برأس مالك أو تبيعه حتى تصل إلى رأس مالك. انتهى من مضاربة الذخيرة والمحيط.

والحاصل: أن الكلام هنا في موضعين: الأول حق إمساك المضارب المتاع من غير رضا رب المال. والثاني إجبار المضارب على البيع حيث لا حق له في الإمساك.

أما الأول: فلا حق له فيه سواء كان في المال ربح أو لا إلا أن يعطي لرب المال رأس المال فقط إن لم يربح أو مع حصته من الربح فحينئذ له حق الإمساك.

وأما الثاني: وهو إجباره على البيع فهو أنه إن كان في المال ربح أجبر على البيع إلا أن يدفع للمالك رأس ماله مع حصته من الربح وإن لم يكن في المال ربح لا يجبر؛ ولكن له أن يدفع للمالك رأس ماله أو يدفع له المتاع برأس ماله. هذا حاصل ما فهمته من عبارة المنح عن الذخيرة، وهي عبارة معقدة كما سمعت، وقد راجعت عبارة الذخيرة فوجدتها كما في المنح ونقلها في الهندية عن المحيط، ومثله في الفتاوى العتابية. وبقي ما إذا أراد المالك أن يمسك المتاع والمضارب يريد بيعه وهو حادثة الفتوى ويعلم جوابها مما مر قبيل الفصل من أنه لو عزله وعلم به والمال عروض باعها وإن نهاه المالك ولا يملك المالك فسخها ولا تخصيص الإذن لأنه عزل من وجه. قوله: (كما مر) الذي مر تعليل لنظير هذا، وهو أنه يجبر على قضاء الدين إن كان في المال ربح. قوله: (يضمن حصة الهبة) لأن هبة المشاع الذي يقبل القسمة غير صحيحة فتكون في ضمانه.

قلت: والمفتى به أنه لا ضمان مطلقاً: لا في المضاربة لأنها أمانة، ولا في الهبة لأنها فاسدة وهي تملك بالقبض على المعتمد المفتى به كما سيجيء، فلا ضمان فيها، وبه يضعف قول الوهبانية: [الطويل]

وَأَوْدَعَهُ عَشْراً عَلَى أَنَّ خَمْسَةً   لَهُ هِبَةٌ فَاسْتَهْلَكَ الخَمْسَ يَحْضُرُ

قوله: (وهي تملك بالقبض على المفتى به) قال السائحاني أقول: لا تنافي بين الملك بالقبض والضمان اهـ. ونص عليه في جامع الفصولين حيث قال وأمر الفتاوى الفضلي: الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض وبه يفتى، ثم إذا هلكت أفتيت بالرجوع للواهب هبة فاسدة لذي رحم محرم منه إذ الفاسدة مضمونة، فإذا كانت مضمونة بالقيمة بعد الهلاك كانت مستحقة الرد قبل الهلاك اهـ. فتنبه. قوله: (وأودعه عشراً) بعده بيت متوقف عليه وهو: [الطويل]

أَيَضْمَنُهَا قَالُوا: وَنِصْفاً إِذَا تَوَتْ   لَهُ الخَمْسَةُ الأُخْرَى وَفِي الشَّرْعِ يُنْشَرُ

قال الشرنبلالي: صورتها رجل دفع لغيره عشرة دراهم وقال خمسة منها هبة لك وخمسة وديعة عندك فاستهلك القابض منها خمسة وهلكت الخمسة الباقية ضمن سبعة ونصفاً؛ لأن الخمسة الموهوبة مضمونة على القابض لأنها هبة مشاع يحتمل القسمة وهي فاسدة، والخمسة التي استهلكها نصفها من الهبة ونصفها من الأمانة فيضمن هذه الخمسة والخمسة التي ضاعت نصفها من الهبة فيضمن نصفها فصار المضمون سبعة ونصفاً.

قلت: وهذا على غير الصحيح؛ لأن الهبة الفاسدة تملك بالقبض وقد سلطه المالك عليها فلا ضمان فيها، وكذلك لا ضمان في الوديعة، لما في البزازية: دفع إليه ألفاً نصفها هبة ونصفها مضاربة فهلكت يضمن حصة الهبة لا حصة المضاربة لأنها أمانة. وقوله يضمن حصة الهبة لا حصة المضاربة إنما هو على رواية عدم الملك وهو خلاف المفتى به، أما على المفتى به، فلا ضمان مطلقاً لا في الوديعة ولا في الهبة الفاسدة لأنه ملكها بالقبض فلذا قال الشارح «وبه يضعف قول الوهبانية» اهـ بتصرف وإصلاح من شرح العلامة عبد البر. ويضمن درهمين ونصفاً من الأمانة التي استهلكها ط.

أقول: قوله وكذلك لا ضمان في الوديعة الخ فيه أن فرض مسألة الوهبانية في الاستهلاك وما استشهد به في الهلاك فينبغي أن يضمن درهمين ونصفاً بناء على المفتى به، لأن الخمسة التي استهلكها نصفها من الهبة فلا يضمن ونصفها من الأمانة فيضمن، وأما الخمسة التي ضاعت فلا يضمن شيئاً منها. تأمل.

فروع: سئل فيما إذا مات المضارب وعليه دين وكان مال المضاربة معروفاً فهل يكون رب المال أحق برأس ماله وحصته من الربح؟ الجواب: نعم كما صرح به في الخانية والذخيرة البرهانية حامدية.

وفيها عن فتاوى الهداية من باب القضاء في فتاويه. إذا ادعى أحد الشريكين خيانة في قدر معلوم وأنكر حلف عليه، فإن حلف بريء، وإن نكل ثبت ما ادعاه، وإن لم يعين مقداراً فكذا الحكم، لكن إذا نكل عن اليمين لزمه أن يبين مقدار ما خان فيه، والقول قوله في مقداره مع يمينه لأن نكوله كالإقرار بشيء مجهول، والبيان في مقداره إلى المقر مع يمينه إلا أن يقيم خصمه بينة على أكثر منه.

كل ما جاز للمضارب في المضاربة الصحيحة من شراء أو بيع أو إجارة أو بضاعة أو غير ذلك فهو جائز له في المضاربة الفاسدة، ولا ضمان على المضارب، وكذلك لو قال اعمل برأيك جاز له ما يجوز له في المضاربة الصحيحة كذا في الفصول العمادية.

رجلان دفعا إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف ونهياه عن الشركة فانشق الكيس الذي فيه الدراهم واختلط بدراهم المضارب من غير فعله فله أن يشتري بذلك ولا ضمان عليه والشركة بينهما ثابتة، وليس له أن يخص نفسه ببيع شيء من ذلك المتاع ولا يشتري بشيء منه شيئاً لنفسه دون صاحبه، ولكن لو كان قبل أن يشتري بالمال شيئاً اشترى للمضاربة متاعاً بألف درهم وأشهد ثم نقدها من المال ثم اشترى لنفسه متاعاً بألف درهم ونقدها من المال فهذا جائز. كذا في المحيط. هندية.

لو كان رب المال ملك العبد بغير شيء فباعه من المضارب بألف المضاربة لم يبعه مرابحة حتى يبين أنه اشتراه من رب المال. هندية عن المبسوط.

إذا دفع رجل إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف ثم دفع إلى آخر ألف درهم بالنصف فاشترى أحد المضاربين عبداً بخمسمائة من المضاربة فباعه من المضارب الآخر بألف فأراد الثاني أن يبيعه مرابحة يبيعه على أقل الثمنين، ولو باعه الأول من الثاني بألفين ألف من المضاربة وألف من مال نفسه فإن الثاني يبيعه مرابحة على ألف ومائتين وخمسين، لأن الثاني اشترى نصفه لنفسه وقد كان الأول اشترى ذلك النصف الثاني بمائتين وخمسين. كذا في البدائع، ولو قال رب المال استقرض علي ألفاً واتبع بها على المضاربة ففعل كان ذلك على نفسه، حتى لو هلك في يده قبل أن يدفعه لرب المال لزمه ضمانه لأن الأمر بالاستقراض باطل. هندية عن الحاوي.

وفيها: كل مضاربة فاسدة لا نفقة للمضارب فيها على مال المضاربة، فإن أنفق على نفسه من المال حسب من أجر مثل عمله وأخذ بما زاد إن كان ما أنفق منه أكثر من أجر المثل. كذا في المبسوط.

لو قال المضارب لرب المال دفعت إليك رأس المال والذي في يدي ربح ثم قال لم أدفع ولكنه هلك فهو ضامن. كذا في الحاوي.

كتاب الإيداع

الأصل أن قسمة الربح قبل قبض رب المال رأس ماله موقوفة، إن قبض رأس المال صحت القسمة، وإن لم يقبض بطلت. كذا في محيط السرخسي.

ولو دفع حربي إلى مسلم مال المضاربة ثم دخل المسلم دار الحرب بإذن رب المال فهو على المضاربة. كذا في خزانة المفتين.

إذا دفع المسلم إلى النصراني مالاً مضاربة بالنصف فهو جائز إلا أنه مكروه، فإن اتجر في الخمر والخنزير، فربح جاز على المضاربة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وينبغي للمسلم أن يتصدق بحصته من الربح. وعندهما: تصرفه في الخمر والخنزير لا يجوز على المضاربة، فإن اشترى ميتة فنقد فيه مال المضاربة فهو مخالف ضامن عندهم جميعاً، وإن أربى فاشترى درهمين بدرهم كان البيع فاسداً ولكن لا يصير ضامناً لمال المضاربة والربح بينهما على الشرط.

ولا بأس بأن يأخذ المسلم مال النصراني مضاربة ولا يكره له ذلك، فإن اشترى به خمراً أو خنزيراً أو ميتة ونقد مال المضاربة فهو مخالف ضامن، فإن ربح في ذلك رد الربح على من أخذ منه إن كان يعرفه، وإن كان لا يعرفه تصدق به، ولا يعطي رب المال النصراني منه شيئاً.

ولو دفع المسلم ماله مضاربة إلى مسلم ونصراني جاز من غير كراهة، كذا في المبسوط من باب شراء المضارب وبيعه. والله تعالى أعلم، وأستغفر الله العظيم.

كتاب الإيداع

كان القياس أن يقول الكتاب الوديعة بدون التاء، لأنه فعيل بمعنى مفعول وفيه يستوي المذكر والمؤنث، تقول رجل جريح وامرأة جريح، وإنما عدل عن القياس لأنه جعل من عداد الأسماء فتدخل عليه التاء كالذبيحة والنطيحة فتكون للنقل لا للتأنيث. نوح أفندي. وأصله أودع وقعت الواو إثر كسرة قلبت ياء فصار إيداع اهـ. سري الدين.

واعلم أن الفقهاء يبحثون عن أفعال المكلف، لكن الفقهاء يعنونون بعض الكتب بها كقولهم كتاب النكاح كتاب البيع والهبة، وفي بعضها بما يتعلق بتلك الأفعال ككتاب العارية والمأذون والوجه فيه غير ظاهر. در منتقى. وحفظ الأمانة يوجب سعادة الدارين والخيانة توجب الشقاء فيهما، قال عليه الصلاة والسلام «الأَمَانَةُ تَجُرُّ الغِنَى، وَالخِيَانَةُ تَجُرُّ الفَقْرَ»[1].

وروي أن زليخا لما ابتليت بالفقر وابيضت عيناها من الحزن على يوسف عليه السلام قامت له تنادي: أيها الملك اسمع كلامي، فوقف يوسف عليه السلام، فقالت: الأمانة

(1) ذكره المتقي الهندي في الكنز (٥٤٩٩).

لا خفاء في اشتراكه مع ما قبله في الحكم وهو الأمانة (هو) لغة من الودع: أي الترك. وشرعاً: (تسليط الغير على حفظ ماله صريحاً أو دلالة) كأن انفتق زق رجل فأخذه رجل

أقامت المملوك مقام المتبوع، والخيانة أقامت المتبوع مقام المملوك، فسأل عنها فقيل إنها زليخاء فتزوجها مرغمة عليها انتهى. زيلعي. والإيداع والاستيداع بمعنى. وفي المغرب يقال: أودعت زيداً مالاً واستودعته إياه: إذا دفعته إليه ليكون عنده فأنا مودع ومستودع بالكسر وزيد مودع ومستودع بالفتح والمال مودع ومستودع: أي وديعة اهـ. ط بزيادة. قوله: (وهو الأمانة) قال الزيلعي. وحكم الوديعة الحفظ على المستودع ووجوب الأداء عند الطلب وصيرورة المال أمانة في يده.

وفي العناية: وجه مناسبة هذا الكتاب لما تقدم قد مر في أول الإقرار، وهو أن المال الثابت له إن حفظه بنفسه فظاهر، وإن بغيره فوديعة ثم ذكر بعده العارية والهبة والإجارة للتناسب بالترقي من الأدنى إلى الأعلى، لأن الوديعة أمانة بلا تمليك شيء، والعارية أمانة مع تمليك المنفعة بلا عوض، والهبة تمليك عين بلا عوض والإجارة تمليك المنفعة بعوض، وهي أعلى من الهبة لأنه عقد لازم واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم اهـ: أي فكان في الكل الترقي من الأدنى إلى الأعلى. [البحر].

فَإِنَّ الْغَيْثَ قَطْرٌ ثُمَّ يَنْسَكِبُ

قوله: (من الودع) فالمزيد مشتق من المجرد. قال في الدر المنتقى. من ودع ودعاً: أي ترك وكلاهما مستعمل في القرآن والحديث. ذكره ابن الأثير. فلا ينبغي أن يحكم بشذوذهما انتهى. وفي الزيلعي. من الودع، وهو مطلق الترك، وما ذكره النحاة من أن العرب أماتوا مصدر «يدع» رده قاضي زاده بأنه عليه الصلاة والسلام أفصح العرب وقد قال: «لَيَنْتَهِيَنَّ أَقْوَامٌ عَنْ وَدْعِهِمُ الْجُمُعَاتِ أَوْ لَيَخْتِمَنَّ عَلَى قُلُوبِهِمْ أَوْ لَيَكْتُبَنَّ مِنَ الْغَافِلِينَ»(١) أي عن تركهم إياها، والمراد من الختم في الحديث أن يحدث في نفوسهم هيئة تمرنهم على علم نفوذ الحق فيها، كذا بخط شيخنا. وقوله: «ليختمن» بضم الياء التحتية وفتح التاء المثناة من فوق وبفتح الميم أيضاً. وقوله: «ليكتبن» بضم الياء التحتية وفتح التاء المثناة من فوق وبضم الباء الموحدة من تحت. كذا السماع من شيخنا أبي السعود. وقال تعالى: ﴿مَا وَدَّعَكَ رَبُّكَ وَمَا قَلَىٰ﴾ [الضحى: ٣] قرىء بالتخفيف والتشديد. قوله: (وشرعاً الخ) الأنسب بالمعنى اللغوي أن يقول: هو ترك ماله عند غيره لحفظه. قوله: (كأن انفتق) عبر به لأنه لو فتقه مالكه وتركه فلا ضمان على أحد، ولو فتقه غيره فالضمان على الفاتق. كذا ظهر لي ويحرر ط. قوله: (فأخذه رجل) أما إذا لم يأخذه ولم

(١) أخرجه مسلم ٢/٥٩١ (٤٠ ـ ٨٦٥).

بغيبة مالكه ثم تركه ضمن، لأنه بهذا الأخذ التزم حفظه دلالة. بحر.

(والوديعة ما تترك عند الأمين) وهي أخص من الأمانة كما حققه المصنف وغيره.

بدل منه لا يضمن. منح عن المحيط. وهذا يفيد أنه إذا دنا منه لزمه وإن لم يأخذه والعلة تنافيه. قوله: (بغيبة مالكه) أما إذا كان المالك حاضراً لم يضمن في الوجهين. منح: أي في الأخذ وعدمه. قوله: (ثم تركه ضمن) ما ذكره من التعريف ليس خاصاً بالوديعة بل يشمل اللقطة، لأنه إذا رفعها لزمه حفظها، ومع هذا لا تسمى وديعة، ثم في تعريفه على ما ذكره المصنف نظر، لأن المذكور في المصنف التسليط وهو فعل المالك وهذا التزام وهو فعل الأمين، ولم يكن بتسليط من المالك لا صريحاً ولا دلالة، وإنما التسليط دلالة فيما سيأتي، وهو ما لو وضع ثوباً بين يدي رجل ولم يقل شيئاً. فتأمل.

ويقرب من هذا ما ذكره في الأشباه في فن الحكايات عن أبي حنيفة قال: كنت مجتازاً فأشارت إليّ امرأة إلى شيء مطروح في الطريق فتوهمت أنها خرساء وأن الشيء لها فلما رفعته إليها قالت احفظه حتى تسلمه لصاحبه فإنه لقطة انتهى. إلا أن يقال: المراد تسليط الشرع فإنه بالأخذ التزم حفظه شرعاً. تأمل. قوله: (لأنه بهذا الأخذ التزم حفظه دلالة) علة لقوله: (ضمن) ووجه كونه من التسليط على الحفظ دلالة أن المالك يجب حفظ ماله ويجب المعاونة على حفظه فكأنه أمره بالحفظ، والمؤلف جعل الدلالة من قبل المودع بالفتح وهو خلاف الموضوع، فلو قال لأنه بهذا سلطه على حفظه دلالة فكان أبين ط. قوله: (والوديعة ما تترك عن الأمين) أي للحفظ، زاد البرجندي فقط: ليخرج العارية لأنها تترك للحفظ والانتفاع، وإنما لم يقيد به تبعاً لصاحب الكنز لاعتباره في تعريف الإيداع السابق. قوله: (وهي أخص من الأمانة) لأن الأمانة اسم لما هو غير مضمون فيشمل جميع الصور التي لا ضمان فيها كالعارية والمستأجر والموصي بخدمته في يد الموصى له بها. والوديعة ما وضع للحفظ بالإيجاب والقبول فكانا متغايرين: أي بالعموم والخصوص. والحكم في الوديعة أنه يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان إذا عاد الوفاق في الأمانة. والفرق بين الوديعة والأمانة العموم والخصوص، فإن كل وديعة أمانة، والعكس ليس كذلك، وحمل الأعم على الأخص يجوز كما فعله صاحب الدرر دون عكسه كما فعله القدوري، لأن الأمانة تشمل ما إذا كان من غير قصد، كما إذا هبت الريح في ثوب إنسان فألقته في حجر غيره.

وما يقال من أن الوديعة قد تكون من غير صنع المودع على ما صرح به صاحب الهداية في آخر باب الاستثناء من كتاب الإقرار فدفعه بحمل الوديعة ثمة على معناها اللغوي لا الاصطلاحي، ومثل هذا كثير لا يخفى على من تدرب. قوله: (كما حققه المصنف وغيره) قال المصنف في منحه: والفرق بينهما من وجهين.

(وركنها: الإيجاب صريحاً) كأودعتك (أو كناية)، كقوله: لرجل أعطني ألف درهم أو أعطني هذا الثوب مثلاً فقال أعطيتك كان وديعة. بحر. لأن الإعطاء يحتمل الهبة، لكن الوديعة أدنى وهو متيقن فصار كناية (أو فعلاً) كما لو وضع ثوبه بين يدي رجل ولم يقل شيئاً،

أحدهما: أن الوديعة خاصة بما ذكرنا والأمانة عامة تشمل ما لو وقع في يده شيء من غير قصد، بأن هبت الريح بثوب إنسان وألقته في حجر غيره وحكمها مختلف في بعض الصور، لأن في الوديعة يبرأ من الضمان بعد الخلاف إذا عاد إلى الوفاق، وفي الأمانة لا يبرأ عن الضمان بعد الخلاف.

الثاني: أن الأمانة علم لما هو غير مضمون فتشمل جميع الصور التي لا ضمان فيها كالعارية والمستأجر والموصى بخدمته في يد الموصى له بها، والوديعة ما وضع للأمانة بالإيجاب والقبول فكانا متغايرين، واختاره صاحب الهداية والنهاية، ونقل الأول عن الإمام بدر الدين الكردري اهـ. وقد أوسع الكلام في هذا المقام العلامتان صدر الشريعة وقاضي زاده. قوله: (وركنها الإيجاب صريحاً) أي قولاً أو فعلاً. قوله: (أو كناية) المراد بها ما قابل الصريح مثل كنايات الطلاق لا البيانية كما تذكره قريباً. قوله: (كقوله لرجل أعطني الخ) لو قال كقوله لرجل أعطيتك بعد قوله أعطني كان أوضح، لأن الإيجاب هو قوله أعطيتك على أن قوله أعطني ليس بلازم في التصوير ط. قوله: (لأن الإعطاء يحتمل الهبة) أي ويحتمل الوديعة. وفيه أن احتمال الوديعة في مثل هذه العبارة بعيد جداً لغة وعرفاً فلماذا عدلوا عن المتبادر إلى غيره. قوله: (لكن الوديعة أدنى) هذا التعليل ذكره في البحر أيضاً، ويشير إلى أن المراد بالكناية الكناية البيانية، وهي إطلاق الملزوم وإرادة اللازم كقوله: فلان طويل النجاد كثير الرماد على ما عرف في فن البيان، وليس كذلك لعدم انتقاله من اللازم إلى الملزوم ولا عكسه، فعلمنا أن المراد بالكناية ما احتملها وغيرها كما ذكرنا، فلو قال صريحاً أو احتمالاً لكان أظهر. تأمل. قوله: (ولم يقل شيئاً) فلو ذهب وتركه ضمن إذا ضاع لهذا من الإيجاب دلالة كما أنه من القبول كذلك، أما لو قال لا أقبل الوديعة لا يضمن إذ القبول عرفاً لا يثبت عند الرد صريحاً.

قال صاحب جامع الفصولين: أقول دل هذا أن البقار لا يصير مودعاً في بقرة من بعثها إليه فقال البقار للرسول اذهب بها إلى ربها فإني لا أقبلها فذهب بها فينبغي أن لا يضمن البقار، وقد مر خلافه.

يقول الحقير: قوله ينبغي لا ينبغي، إذ الرسول لما أتى بها إليه خرج عن حكم الرسالة وصار أجنبياً، فلما قال البقار ردها على مالكها صار كأنه ردها إلى أجنبي أو ردها مع أجنبي فلذا يضمن، بخلاف مسألة الثوب. نور العين، وتمامه فيه.

فهو إيداع (والقبول من المودع صريحاً) كقبلت (أو دلالة) كما لو سكت عند وضعه

وفيه أيضاً عن الذخيرة: ولو قال لم أقبل حتى لم يصر مودعاً وترك الثوب ربه فذهب فرفعه من لم يقبل وأدخله بيته ينبغي أن يضمن لأنه لما ثبت الإيداع صار غاصباً برفعه.

يقول الحقير: فيه إشكال، وهو أن الغصب إزالة يد المالك ولم توجد ورفعه الثوب لقصد النفع لا للضرر بل ترك المالك ثوبه إيداع ثان ورفع من لم يقبل قبول ضمناً، فالظاهر أنه لا يضمن، والله تعالى أعلم ا هـ.

وفي البحر عن الخلاصة: لو وضع عند قوم فذهبوا وتركوه ضمنوا إذا ضاع، وإن قاموا واحداً بعد واحد ضمن الأخير لأنه تعين للحفظ فتعين للضمان اهـ. فكل من الإيجاب والقبول فيه غير صريح كمسألة الخاني الآتية قريباً بل بطريق الدلالة.

أقول: لكن في النفس شيء من بحث نور العين في مسألة البقار، وهو أن البقار لما لم يقبل البقرة لم يصر مودعاً قطعاً والرسول لما أدى الرسالة انتهت يده المأذون بها من المالك وصار كل منهما أجنبياً في حق حفظ البقرة والبقرة في حكم اللقطة حينئذ، فإذا أمر أجنبياً برفع اللقطة وحفظها لربها لا يضمن، الأمر قطعاً، فكذا لا يضمن هنا. وأما تضمين الرسول فلا وجه له أيضاً لأنه من قبيل من رد الضالة لربها وهو مأذون به عادة، هذا ما ظهر لي فليراجع.

فرع في جامع الفصولين: لو أدخل دابته دار غيره وأخرجها رب الدار لم يضمن لأنها تضر بالدار، ولو وجد دابة في مربطه فأخرجها ضمن. قوله: (فهو إيداع) أي الوضع المرقوم إيداع.

وفي الفصولين في الغصب: والوديعة إذا وضع بين يدي المالك بارىء لا في الدين حتى يضعه في يده أو حجره ا هـ. فصار ابتداء الإيداع وانتهاؤه سواء. قوله: (أو دلالة كما لو سكت) أي فإنه قبول. وبعد أن ذكر هذا في الهندية قال: وضع شيئاً في بيته بغير أمره فلم يعلم حتى ضاع لا يضمن لعدم التزام الحفظ.

وضع عند آخر شيئاً وقال احفظه فضاع لا يضمن لعدم التزام الحفظ اهـ. ويمكن التوفيق بالقرينة الدالة على الرضا وعدمه. سائحاني. قوله: (دلالة) أي حالية، ولو قال لا أقبل لا يكون مودعاً لأن الدلالة لم توجد ذكره المصنف، والأولى ما في شرح الملتقى حيث قال: لأن الدلالة لا تعارض الصريح اهـ. ومثله في كثير من الكتب. فظهر من هذا سقوط ما في القنية من أول كتاب الوديعة: وضع عنده شيئاً وقال له احفظه حتى أرجع فصاح لا أحفظه وتركه صاحبه صار مودعاً، ويضمن إن ترك حفظه فهو مشكل لأن فيه تقديم الدلالة على الصريح، بخلاف ما إذا قال ضعه في الجانب من بيتي إلا أني لا ألتزم

فإنه قبول دلالة كوضع ثيابه في حمام بمرأى من الثياب. وكقوله: لربّ الخان أين

حفظه حتى يصير مودعاً لتعارض الصريحين فتساقط فبقي وديعة عنده. قوله: (بمرأى من الثيابي) ولا يكون الحمامي مودعاً ما دام الثيابي حاضراً، فإذا كان غائباً فالحمامي مودع اهـ. بحر.

وفيه عن الخلاصة: لبس ثوباً فظن الثيابي أنه ثوبه فإذا هو ثوب الغير ضمن وهو الأصح اهـ: أي لأنه بترك السؤال والتفحص يكون مفرطاً فلا ينافي ما يأتي من أن اشتراط الضمان على الأمين باطل. أفاده أبو السعود. والثيابي: بكسر الثاء المثلثة هو حافظ الثياب في الحمام، وهو المعروف في بلادنا بالناطور. قال في القاموس: محمود بن عمر المحدث: الثيابي كان يحفظ الثياب في الحمام اهـ.

وفي الذخيرة: رجل دخل الحمام وقال لصاحب الحمام احفظ الثياب فلما خرج لم يجد ثيابه، فإن أقر صاحب الحمام أن غيره رفعها وهو يراه ويظن أنه رفع ثياب نفسه فهو ضامن، لأنه ترك الحفظ حيث لم يمنع القاصد وهو يراه، وإن أقر إني رأيت واحداً قد رفع ثيابك إلا أني ظننت أن الرافع أنت فلا ضمان عليه، لأنه لم يصر تاركاً للحفظ لما ظن أن الرافع هو؛ وإن سرق وهو لا يعلم به فلا ضمان عليه إن لم يذهب عن ذلك الموضع ولم يضيع وهو قول الكل؛ لأن صاحب الحمام مودع في حق الثياب إذا لم يشترط له بإزاء حفظه الثياب أجراً، أما إذا شرط له بإزاء حفظ الثياب أجراً وقال الأجرة بإزاء الانتفاع بالحمام والحفظ فحينئذ يكون على الاختلاف. وإن دفع الثياب إلى الثيابي وهو الذي يقال بالفارسية جامه دار فعلى الاختلاف لا ضمان عليه فيما سرق عند أبي حنيفة خلافاً لهما لأنه أجير مشترك.

رجل دخل الحمام ونزع الثياب بين يدي صاحب الحمام ولم يقل بلسانه شيئاً فدخل الحمام ثم خرج ولم يجد ثيابه: إن لم يكن للحمام ثيابي يضمن صاحب الحمام ما يضمن المودع، وإن كان للحمام ثيابي إلا أنه لم يكن حاضراً فكذلك، وإن كان حاضراً لا يضمن صاحب الحمام، لأن هذا استحفاظ إلا إذا نص على استحفاظ صاحب الحمام، بأن قال له أين أضع الثياب فيصير صاحب الحمام مودعاً فيضمن ما يضمن المودع.

وفي التجنيس: رجل دخل الحمام ونزع الثياب بمحضر من صاحب الحمام ثم خرج فوجد صاحب الحمام نائماً وسرقت ثيابه، إن نام قاعداً أو مضطجعاً بأن وضع جنبه على الأرض، ففي الوجه الأول لا يضمن، وفي الوجه الثاني قال بعضهم: يضمن اهـ.

وفي الفصول العمادية: رجل دخل حماماً وقال للحمامي أين أضع ثيابي فأشار الحمامي إلى موضع فوضعه ثمة ودخل الحمام ثم خرج رجل ورفع الثياب فلم يمنعه

أربطها فقال هناك، كان إيداعاً. خانية. وهذا في حق وجوب الحفظ؛ وأما في حق الأمانة فتتم بالإيجاب وحده، حتى لو قال للغاصب أودعتك المغصوب برىء عن الضمان وإن لم يقبل. اختيار.

(وشرطها كون المال قابلاً لإثبات اليد عليه) فلو أودع الآبق أو الطير في

الحمامي لما أنه طلبه صاحب الثوب ضمن الحمامي لأنه استحفظه وقد قصر في الحفظ؛ وهذا قول ابن سلمة وأبي نصير الدبوسي. وكان أبو القاسم يقول: لا ضمان على الحمامي، والأول أصح اهـ.

أقول: وهو الموافق لما مر قريباً عن الذخيرة.

وفي فتاوى الفضلي: امرأة دخلت الحمام ودفعت ثيابها إلى المرأة التي تمسك الثياب فلما خرجت لم تجد عندها ثوباً من ثيابها: قال محمد بن الفضل: إن كانت المرأة دخلت أولاً في هذا الحمام ودفعت ثيابها إلى التي تمسك الثياب فلا ضمان على الثيابية في قولهم إذا لم تعلم أنها تحفظ الثياب بأجر، لأنها إذا دخلت أول مرة ولم تعلم بذلك ولم تشترط لها الأجر على الحفظ كان ذلك إيداعاً، والمودع لا يضمن عند الكل إلا بالتضييع؛ وإن كانت هذه المرأة قبل هذه المرأة قد دخلت الحمام وكانت تدفع ثيابها إلى هذه للمسكة وتعطيها الأجر على حفظ الثياب فلا ضمان عليها عند أبي حنيفة، خلافاً لهما لأنها أجيرة مشتركة. والمختار في الأجير المشترك قول أبي حنيفة، وقيل هو قول محمد، والفتوى على قول أبي حنيفة أن الثيابي لا يضمن إلا بما ضمن المودع. وذكر قاضيخان أنه ينبغي أن يكون الجواب في هذه المسألة عندهما على التفصيل إن كان الثيابي أجير الحمامي يأخذ منه كل يوم أجراً معلوماً بهذا العمل لا يكون ضامناً عند الكل بمنزلة تلميذ القصار والمودع اهـ.

وفي منهوات الأنقروي: دخل الحمام فوضع الحارس له الفوطة ليضع ثيابه عليها فنزع أثوابه ووضعها على الفوطة ودخل واغتسل وخرج ولم يجد عمامته هل يضمنها الحارس؟ أجاب: نعم يضمنها لأنه استحفظ وقد قصر في الحفظ. كذا في فتاوى ابن نجيم.

وفي زماننا الثيابي أجير مشترك بلا شبهة، والمختار في الأجير المشترك الضمان بالنصف، فعلى هذا ينبغي أن يفتى في الثيابي بضمان النصف. تأمل اهـ. قوله: (كان إيداعاً) هذا من الإيجاب والقبول دلالة. قوله: (وهذا) أي اشتراط القبول أيضاً. قال في المنح: وما ذكرنا من الإيجاب والقبول شرط في حق وجوب الحفظ، وأما في حق الأمانة فتتم بالإيجاب اهـ. والمراد بحق الأمانة أنه لا يكون مضموناً. قوله: (وإن لم يقبل) قد مر أن القبول صريح ودلالة فقبله هنا بمعنى الرد، أما لو سكت فهو قبول دلالة. والحاصل: أن المراد نفي القبول بقسميه فتأمل. قوله: (وشرطها كون المال قابلاً الخ) فيه تسامح إذ

الهواء لم يضمن (وكون المودع مكلفاً شرط لوجوب الحفظ عليه) فلو أودع صبياً فاستهلكها لم يضمن، ولو عبداً محجوراً ضمن بعد عتقه

المراد إثبات اليد بالفعل وبه عبر الزيلعي، ولا يكفي قبول الإثبات كما أشار إليه في الدرر بقوله: وحفظ شيء بدون إثبات اليد عليه محال اهـ. وجرى عليه بعضهم كالحموي والشرنبلالي. وأجاب عنه العلامة أبو السعود بأنه ليس المراد من جعل القابلية شرطاً عدم اشتراط إثبات اليد بالفعل، بل المراد الاحتراز عما لا يقبل ذلك بدليل التعليل والتفريع اللذين ذكرهما الشارح، فتدبر اهـ.

أقول: لكن الذي قدمه في الدرر يفيد كفاية قبول وضع اليد؛ فإن من وضع ثيابه بين يدي رجل ساكت كان إيداعاً، وكذلك وضع الثياب في الحمام وربط الدابة في الخان مع أنه ليس فيه إثبات اليد بالفعل. وقوله: وحفظ الشيء بدون إثبات اليد عليه محال بدون إمكان إثباتها، فتأمل. وعليه فيكون المراد بقبولها إثبات اليد وقت الإيداع والطائر ونحوه ساعة الإيداع غير قابل لذلك. قوله: (لم يضمن) الأولى أن يقول «لا يصح» لأنه إذا وجده بعد ووضع يده عليه وهلك من غير تعدّ لم يضمن فتدبر ط.

قال في الجوهرة: أودع صبياً وديعة فهلكت منه لا ضمان عليه بالإجماع، فإن استهلكها: إن كان مأذوناً في التجارة ضمنها إجماعاً، وإن كان محجوراً عليه، إن قبضها بإذن وليه ضمن أيضاً إجماعاً، وإن قبضها بغير إذن وليه لا ضمان عليه عندهما لا في الحال ولا بعد الإدراك. وقال أبو يوسف: يضمن في الحال، وإن أودعه عبداً فقتله ضمن إجماعاً.

والفرق أن الصبيّ من عادته تضييع الأموال فإذا سلمه مع علمه بهذه العادة فكأنه رضي بالإتلاف فلم يكن له تضمينه، وليس كذلك القتل لأنه ليس من عادة الصبيان فيضمنه ويكون قيمته على عاقلته، وإن جنى عليه فيما دون النفس كان أرشه في مال الصبي اهـ.

قال العلامة الخير الرملي: أقول: يستثنى من إيداع الصبي ما إذا أودع صبي محجور مثله وهي ملك غيرهما فللمالك تضمين الدافع والآخذ. كذا في الفوائد الزينية.

وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عنده وديعة ضمن في الحال. كذا في العناية لأنه محجور عليه في الأقوال دون الأفعال كما ذكر في الحجر، وسيأتي مزيد تفصيل في المسألة في كتاب الجنايات قبل القسامة بأسطر فراجعه إن شئت اهـ. قوله: (ولو عبداً محجوراً ضمن بعد عتقه) أي لو بالغاً، فلو قاصراً لا ضمان عليه أصلاً. أبو السعود. وإنما لم يضمن في الحال لحق مالكه فإن المودع لما سلطه على الحفظ وقبله العبد حقيقة أو حكماً كما لو كان ذلك بالتعاطي فكان من قبيل الأقوال، والعبد

(وهي أمانة) هنا حكمها مع وجوب الحفظ والأداء عند الطلب واستحباب قبولها

محجور عنها في حق سيده، فإذا عتق ظهر الضمان في حقه لتمام رأيه، وهذا إذا لم تكن الوديعة عبداً، فلو أودع صبياً عبداً فقتله الصبي ضمن عاقلته سواء قتله عمداً أو خطأ، لأن عمده خطأ، وليس مسلطاً على القتل من جانب المولى لأن المولى لا يملك القتل فلا يملك التسليط عليه، فإن أودع العبد عند عبد محجور فقتله خطأ كان من قبيل الأفعال وهو غير محجور عنها، ولم تكن من الأقوال لأن مولى العبد لا يملك تفويض قتله للمودع، فكان على مولى العبد للمودع القاتل أن يدفعه أو يفديه كما هو حكم الخطأ، وإن قتله عمداً قتل به إلا أن يعفو وليه. وحتى. قوله: **(وهي أمانة)** هذا من قبيل حمل العام على الخاص وهو جائز كالإنسان حيوان، ولا يجوز عكسه لأن الوديعة عبارة عن كون الشيء أمانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصداً، والأمانة قد تكون من غير قصد، والوديعة خاصة والأمانة عامة، والوديعة بالعقد والأمانة أعم، فتنفرد فيما إذا هبت الريح بثوب إنسان وألقته في حجر غيره، وتقدم أنه يبرأ عن الضمان في الوديعة إذا عاد إلى الوفاق، والأمانة غيرها لا يبرأ عن الضمان بالوفاق ط: ومثله في النهاية والكفاية. قال يعقوب باشا: وفيه كلام، وهو أنه إذا اعتبر في إحداهما القصد وفي الأخرى عدمه كان بينهما تباين لا عموم وخصوص. والأولى أن يقال: والأمانة قد تكون بغير قصد كما لا يخفى انتهى. لكن يمكن الجواب بأن المراد بقوله: **(والأمانة ما يقع في يده من غير قصد كونها بلا اعتبار قصد)**، لأن عدم القصد معتبر فيها حتى يلزم التباين، بل هي أعم من الوديعة لأنها تكون بالقصد فقط والأمانة قد تكون بالقصد بغير تدبر.

وما في العناية من أنه قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هي التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والأمانة أعم من ذلك فإنها قد تكون بغير عقد فيه كلام، وهو أن الأمانة مباينة للوديعة بهذا المعنى لا أنها أعم منها، لأن التسليط على الحفظ فعل المودع وهو المعنى والأمانة عين من الأعيان فيكونان متباينين. والأولى أن يقول: والوديعة ما تترك عند الأمين كما في هذا المختصر. داماد. قوله: **(والأداء عند الطلب)** أي إلا في مسائل ستأتي: منها ما إذا كانت سيفاً وأراد قتل آخر ظلماً كما في الدر المنتقى. قوله: **(واستحباب قبولها)** قال الشمني: وشرعية الإيداع بقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨] وأداء الأمانة لا يكون إلا بحفظها، ولأن قبول الوديعة من باب الإعانة لأن يحفظها لصاحبها، وهي مندوبة لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢] وقوله صلى الله تعالى عليه وسلم: «وَاللَّهُ تَعَالَى فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَادَامَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ» اهـ. قال الزيلعي: وقال عليه الصلاة والسلام «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ» رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن، وحفظها يوجب سعادة

(فلا تضمن بالهلاك) إلا إذا كانت الوديعة بأجر أشباه معزياً للزيلعي **(مطلقاً)** سواء أمكن التحرز عنه أم لا، هلك معها شيء أم لا،

الدارين، والخيانة توجب الشقاء فيهما الخ. ومن محاسنها اشتمالها على بذل منافع بدنه وماله في إعانة عباد الله واستيجابه الأجر والثناء. حموي.

والحاصل: أنه يبتنى على الإيداع أربعة أشياء: كون الوديعة أمانة، ووجوب الحفظ على المودع، ووجوب الأداء عند الطلب، واستحباب قبولها. قوله: **(فلا تضمن بالهلاك)** تفريع على كونها أمانة. قوله: **(إلا إذا كانت الوديعة بأجر)** سيأتي أن الأجير المشترك لا يضمن وإن شرط عليه الضمان، وبه يفتى. وأيضاً قول المصنف قريباً واشتراط الضمان على الأمين باطل به يفتى، فكيف يقال مع عدم الشرط أنه يضمن.

وفي البزازية: دفع إلى صاحب الحمام واستأجره وشرط عليه الضمان إذا تلف فذكر أنه لا أثر له فيما عليه الفتوى، لكن قال الخير الرملي: صرح الزيلعي في كتاب الإجارة في باب ضمان الأجير الوديعة إذا كانت بأجر تكون مضمونة، وسيأتي مثله في هذا الشرح، ومثله في النهاية والكفاية شرح الهداية وكثير من الكتب اهـ. وعللوه بأن الحفظ حينئذ مستحق عليه كما قدمنا. فأفاد أن الأجرة تخرج الوديعة عن كونها أمانة إلى الضمان.

وفي صدر الشريعة: إذا سرق من الأجير المشترك والحال أنه لم يقصر في المحافظة يضمن عندهما، كما في الوديعة التي تكون بأجر فإن الحفظ مستحق عليه. وأبو حنيفة يقول: الأجرة في مقابلة العمل دون الحفظ فصار كالوديعة بلا أجر اهـ. فأفاد أن الوديعة بأجر مضمونة اتفاقاً وبلا أجر غير مضمونة اتفاقاً. وأما الأجير المشترك فيضمن عندهما، لأن الأجرة في مقابلة العمل والحفظ، ولا يضمن عنده لأنها في مقابلة العمل فقط، فحصل الفرق بين المودع بأجر والأجير المشترك.

قال سيدي الوالد رحمه الله تعالى: وقد يفرق بأنه هنا مستأجر على الحفظ قصداً، بخلاف الأجير المشترك فإنه مستأجر على العمل اهـ. يؤيده ما سمعت وما قلت.

والحاصل: أن الأجير المشترك من يعمل لغيره عملاً غير مؤقت ولا مخصوص كالحمامي والخارس فهو مستأجر لحفظ المكان الذي فيه المتاع فلم يكن مودعاً، بخلاف المودع بأجر فإنه يقال له احفظ هذه الوديعة ولك من الأجر كذا، فينطبق عليه اسم المودع وهو تسليط الغير على حفظ ماله، فتأمل. قوله: **(معزياً للزيلعي)** ذكره في ضمان الأجير، وعلل الضمان بأن الحفظ واجب عليه مقصوداً ببدل اهـ. قوله: **(سواء أمكن التحرز عنه أم لا)** وليس منه النسيان، كما لو قال وضعت عندي فنسيت وقمت بل يكون مفرطاً، بخلاف ما إذا قال ضاعت ولا أدري كيف ذهبت الوديعة من منزلي ولم يذهب من منزلي شيء فإن القول قوله مع يمينه، ولا يضمن لأنه أمين اهـ. حموي بتصرف ط.

لحديث الدارقطني «ليس على المستودع غير المغل ضمان» (واشتراط الضمان على الأمين) كالحمامي والخاني (باطل به يفتى) خلاصة وصدر الشريعة. (وللمودع حفظها بنفسه

قال مؤيد زاده: إذا قال ذهبت يقبل قوله مع يمينه واقعات. قوله: (لحديث الدارقطني) قال في المنح: وإنما كانت الوديعة أمانة لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم: «لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ، وَلَا عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ»[1]، والغلول والإغلال: الخيانة، إلا أن الغلول في المغنم خاصة والإغلال عام، وهذا الحديث مسند عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله تعالى عليه وسلم اهـ ملخصاً. ولأن شرعيتها لحاجة الناس إليها، ولو ضمن المودع امتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل المصالح. قوله: (واشتراط الضمان الخ) ولو ضمن تسليمها صح أبو السعود. قوله: (كالحمامي) أي معلم الحمام الذي يأخذ الأجرة في مقابلة انتفاع الداخل بالحمام، أما من جرى العرف بأنه يأخذ في مقابلة حفظه شيئاً وهو المسمى بالناطور في زماننا وهو الذي سماه الشارح الثيابي فإنه يضمن لأنه وديعة بأجرة كما تقدم، لكن الفتوى على عدمه رملي قاسم. قوله: (والخاني) أي فإنه لا نفع له غير الحفظ فينبغي أن يكون من قبيل الحافظ بالأجر، إلا أن يقال: قد يقصد الخان لدفع الحر والبرد ومنع الدابة عن الهروب فلم يكن مستأجراً للحفظ. تأمل. قوله: (باطل به يفتى) قال مؤيد زاده في أنواع الضمانات: استأجر رجلاً لحفظ خان أو حوانيت فضاع منها شيء قيل يضمن عندهما لو ضاع من خارج الحجرة لأنه أجير مشترك، وقيل لا في الصحيح، وبه يفتى. ولو ضاع من داخلها بأن نقب اللص فلا يضمن الحارس في الأصح وحارس السوق على هذا الخلاف، واختار أبو جعفر أنه يضمن ما كان خارج السوق لا داخله. جامع الفصولين.

وفي البزازية: نقب حانوت رجل وأخذ متاعه لا يضمن حارس الحوانيت على ما عليه الفتوى، لأن الأمتعة محروسة بأبوابها وحيطانها والحارس يحرس الأبواب. وعلى قول أبي حنيفة: لا يضمن مطلقاً وإن كان المال في يده لأنه أجير اهـ.

وفي المنية: دفع الثوب إلى الحمامي ليحفظه فضاع لا يضمن إجماعاً لأنه مودع لأن الأجر بإزاء الانتفاع بالحمام، إلا أن يشترط بإزاء الانتفاع به الحفظ فحينئذ على الخلاف. وإذا دفع إلى من يحفظ بأجر كالثيابي فعلى الاختلاف. خلاصة وصدر الشريعة. قوله: (حفظها بنفسه) قال في المنح: وذلك بالحرز وباليد. أما الحرز فداره ومنزله وحانوته سواء كان ملكاً أو إجارة أو عارية.

---

(١) أخرجه الدارقطني ٣/٤١ بنحوه والبيهقي ٦/٩١ وذكره المتقي الهندي في الكنز (٢٦٣٣٦).

وعياله) كما له (وهم من يسكن معه حقيقة،

قال الرملي: أقول: لا يخفى أن لفظ الحرز مشعر باشتراط كونه حصيناً، حتى لو لم يكن كذلك بحيث يعد الوضع فيه تضييعاً يضمن ذلك كالدار التي ليس لها حيطان ولا لبيوتها أبواب. وقد سئلت عن خياطة في دار بهذه الصفة خرجت منها هي وزوجها ليلاً لعرس جارتها فسرقت أثواب الناس منها فأفتيت بالضمان والحالة هذه، لأن مثل ذلك يعد تضييعاً، تأمل اهـ.

وفي الأنقروي من الوديعة: سوقي قام من حانوته إلى الصلاة وفي حانوته ودائع فضاع شيء منها لا ضمان عليه، لأنه غير مضيع لما في حانوته لأن جيرانه يحفظونه، إلا أن يكون هذا إيداعاً من الجيران فيقال ليس للمودع أن يودع، لكن هذا مودع لم يضيع. واقعات: في الوديعة: قوله ليس للمودع أن يودع الخ ذكر الصدر الشهيد ما يدل على الضمان، فتأمل عند الفتوى. فصولين من الثالث والثلاثين.

وفي البزازية: قام من حانوته إلى الصلاة وفيه ودائع الناس وضاعت لا ضمان، وإن أجلس على بابه ابناً له صغيراً فضاع: إن كان الصبي يعقل الحفظ ويحفظ لا يضمن، وإلا يضمن اهـ.

وقال قبله: والحاصل أن العبرة للعرف، حتى لو ترك الحانوت مفتوحاً أو علق الشبكة على بابه ونام ففي النهار ليس بتضييع، وفي الليل إضاعة. وفي خوارزم: لا يعد إضاعة في اليوم والليلة.

أقول: الذي يظهر في مسألة الحانوتي عدم الضمان سواء أجلس صبياً أو لا حيث جرى عرف أهل السوق لأنه غير مودع قصداً بل تركها في حرزها مع ماله فقد حفظها بما يحفظ به ماله. ولهذا نقل في جامع الفصولين بعد ما تقدم رامزاً إلى فتاوى القاضي ظهير الدين أنه يبرأ على كل حال لأنه تركها في الحرز فلم يضيع اهـ.

والحاصل: أنه يجب حرز كل شيء في حرز مثله، بخلاف الحرز في السرقة فإن كل ما كان حرز النوع فهو حرز لسائر الأنواع فيقطع بسرقة لؤلؤة من اصطبل، أما هنا فإن حرز كل شيء بحسبه.

وفي البزازية: لو قال وضعتها بين يدي وقمت ونسيتها فضاعت يضمن، ولو قال وضعتها بين يدي في دار والمسألة بحالها إن مما لا يحفظ في عرصة الدار كصرة النقدين ضمن، ولو كانت مما يعد عرصتها حصناً له لا يضمن اهـ. وسيأتي تمامه إن شاء الله تعالى: قوله: (وعياله) بالكسر جمع عيل بفتح فتشديد وهو من يقوته، لكن المراد هنا في تفسير من في عياله أن يسكن معه سواء كان في نفقته أو لم يكن، والعبرة في هذا للمساكنة إلا في حق الزوجة والولد الصغير والعبد، لكن يشترط في الولد الصغير أن يقدر على

أو حكماً لا من يمونه) فلو دفعها لولده المميز أو زوجته ولا يسكن معهما ولا ينفق عليهما لم يضمن. خلاصة وكذا لو دفعتها لزوجها لأن العبرة للمساكنة لا للنفقة، وقيل يعتبران معاً. عيني (وشرط كونه) أي من في عياله (أميناً) فلو علم خيانته ضمن. خلاصة.

(و) جاز (لمن في عياله الدفع لمن في عياله، ولو نهاه عن الدفع إلى بعض من

الحفظ، فعلى هذا التفسير ينبغي أن لا يضمن بالدفع إلى أجنبي يسكن معه. ذكره حفيد السعد في حواشي صدر الشريعة.

ويؤيده ما في الولوالجية: رجلان أجرا بيتاً من داره إنساناً ودفع الوديعة إلى هذا المستأجر: إن كان لكل واحد منهما غلق على حدة يضمن لأنه ليس في عياله ولا بمنزلة من في عياله، وإن لم يكن لكل منهما غلق على حدة وكل واحد منهما يدخل على صاحبه بغير حشمة لا يضمن لأنه بمنزلة من في عياله اهـ.

وفي الخلاصة: مودع غاب عن بيته ودفع مفتاحه إلى غيره فلما رجع إلى بيته لم يجد الوديعة لا يضمن بدفع المفتاح إلى غيره، وبدفع المفتاح إلى غيره لم يجعل البيت في يد غيره اهـ ط. قوله: (أو حكماً) تفسير لمن يسكن معه في عياله. قوله: (فلو دفعها) تفريع على قوله: (أو حكماً) وتفسير له كما تشعر به عبارة المنح. قوله: (المميز) بشرط أن يكون قادراً على الحفظ. بحر. قوله: (ولا يسكن معها) لأنها في الحكم كأنها في مسكن زوجها. قوله: (خلاصة) قال فيها: وفي النهاية: لو دفعها إلى ولده الصغير أو زوجته وهما في محلة والزوج يسكن في محلة أخرى لا يضمن، ولو كان لا يجيء إليهما ولا ينفق عليهما، لكن يشترط في الصغير أن يكون قادراً على الحفظ، فإن الزوجة: أي والولد الصغير وإن كانا في مسكن آخر إلا أنهما في الحكم كأنهما في مسكن الزوج والأب اهـ.

قال الرملي: وقد زاد صاحب المجتبى العبد الذي لم يكن في منزله، وكل ذلك يرجع إلى قولهم يحفظها بما يحفظ به ماله، فتنبه لذلك اهـ. قوله: (وقيل يعتبران معاً) أقول: وعليه فيدخل عبده وأمته وأجيره الخاص كالمشاهرة، بشرط أن يكون طعامه وكسوته عليه دون الأجير بالمياومة وولده الكبير إن كان في عياله، كما ذكره بعضهم، تأمل. قوله: (عيني) نصه: وتعتبر المساكنة وحدها دون النفقة، حتى أن المرأة لو دفعتها إلى زوجها لا تضمن وإن لم يكن الزوج في عيالها، لأن العبرة في هذا الباب للمساكنة دون النفقة. وقيل تعتبر المساكنة مع النفقة اهـ. قوله: (ضمن) أي بدفعها له، وكذا لو تركه في بيته الذي فيه ودائع الناس وذهب فضاعت ضمن. بحر عن الخلاصة. قال ط: فلا يضمن في صورتين: أما إذا علم أمانته وما إذا لم يعلم حاله أصلاً. قوله: (الدفع لمن في عياله) الضمير في عياله الأخير يصح أن يرجع للضمان الأول، وبه صرح الشرنبلالي،

في عياله فلنتم إن وجد بدًّا منه)، بأن كان له عيال غيره. ابن مالك

ويصح أن يرجع للمودع وبه صرح المقدسي. وفيه لا يشترط في الأبوين كونهما في عياله، وبه يفتى. ولو أودع غير عياله وأجاز المالك خرج من البين، ولو وضع في حرز غيره بلا استئجار يضمن لأن الوضع في الحرز وضع في يد من في يده الحرز فيكون كالتسليم إليه. زيلعي: أي فيكون وديعة وليس للمودع أن يودع. رملي.

وفي سكوتهم عن الدفع لعيال المودع بكسر الدال إشارة إلى أنه لا يملكه. ونقل العلامة أبو السعود اختلافاً فقال: والرد إلى عيال المالك كالرد إلى المالك فلا يكون إيداعاً، بخلاف الغاصب إذا رد إلى من في عيال المالك فإنه لا يبرأ.

وفي الخلاصة: إذا ردّ الوديعة إلى منزل المودع أو إلى من في عياله فضاعت لا يضمن. وفي رواية القدوري يضمن، بخلاف العارية.

قال في البحر: والفتوى على الأول، وهذا إذا دفع إلى المرأة لتحفظ. أما إذا أخذت لتنفق على نفسها وهو دفع يضمن اهـ. فعلى ما ذكر إذا كان ابنها في عيالها ولم يكن متهماً يلزمها اليمين أنها دفعتها لابنها المذكور ويسأل المدفوع إليه ماذا صنع ويجعل كأنه نفس المودع، ويجري الحكم الشرعي فيه، لما في فتاوى مؤيد زاده وصرر المسائل عن الفصولين: أتلفها من في عيال المودع ضمن المتلف صغيراً أو كبيراً لا المودع اهـ.

المودع إذا قال دفعت الوديعة إلى ابني وأنكر الابن ثم مات الابن فورث الأب مال ابنه كان ضمان الوديعة في تركة الابن. خانية.

وفي فتاوى قاضيخان: عشرة أشياء إذا ملكها إنسان ليس له أن يملك غيره لا قبل القبض ولا بعده: المرتهن لا يملك أن يرهن، والمودع لا يملك الإيداع، والوكيل بالبيع لا يملك أن يوكل غيره، ومستأجر الدابة أو الثوب لا يؤجر غيره، والمستعير لا يعير ما يختلف بالمستعمل، والمزارع لا يدفع الأرض مزارعة إلى غيره والمضارب لا يضارب، والمستبضع لا يملك الإبضاع، والمودع لا يملك الإيداع اهـ. ولم يذكر العاشر في البحر. وذكره الخير الرملي فقال: العاشر المساقي لا يساقي غيره بغير إذن كما في السراجية وشروح الوهبانية اهـ.

وفي الخلاصة: والوديعة لا تودع ولا تعار ولا تؤجر ولا ترهن، وإن فعل شيئاً منها ضمن، والمستأجر يؤجر ويعار ولم يذكر حكم الرهن، وينبغي أن لا يرهن كما هو الصحيح من عبارة الخلاصة، ويأتي بيانها في العارية موضحاً.

وفي التجريد: وليس للمرتهن أن يتصرف بشيء في الرهن غير الإمساك، لا يبيع ولا يؤجر ولا يعير ولا يلبس ولا يستخدم، فإن فعل كان متعدياً ولا يبطل الرهن انتهى.

قوله: (بأن كان له عيال غيره) أي غير البعض الذي نهاه عنه ضمن بدفعه إلى المنهي عنه،

(ضمن وإلا لا وإن حفظها بغيرهم ضمن)، وعن محمد: إن حفظها بمن يحفظ ماله كوكيله ومأذونه وشريكه مفاوضة وعناناً جاز وعليه الفتوى: ابن ملك. واعتمده ابن الكمال وغيره، وأقره المصنف **(إلا إذا خاف الحرق أو الغرق**

وإن لم يكن له إلا ذلك الأجنبي لا يضمن بدفعه إليه. قوله: **(وإلا لا)** يعني مع كون المدفوع إليه أميناً لأنه شرط جواز الدفع كما مر. قوله: **(وإن حفظها بغيرهم ضمن)** أي لأن صاحبها لم يرض بيد غيره، والأيدي تختلف بالأمانة، ولأن الشيء لا يتضمن مثله كالمضارب لا يضارب. أبو السعود. قال الرملي: إنما يضمن إذا كان بغير إذن صاحبها اهـ.

فرع لو قال ادفعها لمن شئت يوصلها إلي فدفعها إلى أمين فضاعت: قيل يضمن، وقيل لا يضمن: تاترخانية.

فرع آخر حضرتها الوفاة فدفعت الوديعة إلى جارتها فهلكت عند الجارة. قال البلخي: إن لم يكن بحضرتها عند الوفاة أحد ممن يكون في عيالها لا تضمن، كما لو وقع الحريق في منزل المودع له دفعها لأجنبي. خانية. قوله: **(وعن محمد)** رحمه الله تعالى أن المودع إذا دفع الوديعة إلى وكيله وليس في عياله أو دفع إلى أمين من أمنائه ممن يثق في ماله وليس في عياله لا يضمن، لأنه حفظه مثل ما يحفظ ماله وجعله مثله فلا يجب عليه أكثر من ذلك. ذكره في النهاية. ثم قال: وعليه الفتوى، وعزاه إلى التمرتاشي، وعزي إلى الحلواني. ثم قال: وعلى هذا لم يشترط في التحفة في حفظ الوديعة العيال، فقال: ويلزم المودع حفظه إذا قبل الوديعة على الوجه الذي يحفظ ماله، وذكر فيه أشياء، حتى ذكر أن له أن يحفظ بشريك العنان والمفاوضة وعبده المأذون له الذي في يده ماله، وبهذا يعلم أن العيال ليس بشرط في حفظ الوديعة اهـ. وسيأتي ذكره ط. قوله: **(كوكيله)** أتى بالكاف لأن أمينه كذلك وإن لم يكن في عياله، وعليه الفتوى كما علمت، وبه صرح في الذخيرة.

وفي التاترخانية: ولو قال ادفعها لمن شئت يوصلها إلي فدفعها إلى أمين فضاعت، قيل يضمن، وقيل لا يضمن. قوله: **(واعتمده ابن الكمال)** حيث قال: وله حفظها بنفسه وأمينه، لم يقل وعياله لأن الدفع إلى العيال إنما يجوز بشرط الأمانة، وعند تحققه لا حاجة إلى كونه عيالاً.

قال في الذخيرة: لو دفعها إلى أمين من أمنائه ليس في عياله يجوز، وعليه الفتوى اهـ. قوله: **(وأقره المصنف)** ونقله في البحر وقال قبله: وظاهر المتون أن كون الغير في عياله شرط، واختاره في الخلاصة وقال: والأمين كالأجنبي حتى يشترط كونه في عياله، لكن قد علمت ما قدمناه قريباً عن المجتبى من أن المفتى به عدم اشتراط كونهما في عياله فلا تنسه. قوله: **(إلا إذا خاف الحرق أو الغرق)** الحرق بالسكون من النار،

وكان غالباً محيطاً) فلو غير محيط ضمن (فسلمها إلى جاره أو) إلى (فلك آخر)،

وبالتحريك من دق القصار، وقد روي فيه السكون مغرب. وفي المصباح: الحرق بفتحتين اسم من إحراق النار اهـ. والغرق بفتحتين مصدر غرق في الماء فهو غريق، مكي. ومثل خوف الغرق والحرق خوف اللصوص.

وفي الخلاصة: فإن دفع لضرورة بأن احترق بيت المودع فدفعها إلى جاره، وكذا فيما يشبه هذا اهـ. إتقاني. أي فإنه لا يضمن ط. قوله: (وكان غالباً محيطاً) لا حاجة إليه لأن فرض المسألة أنه خاف الحرق أو الغرق وهو إنما يكون عند كونه غالباً محيطاً. إلا أن يراد الغالب الكثير، وحينئذ فلا منافاة، والمراد أن ذلك في بيت المودع.

قال الحموي: لا بد أن يكون غالباً محيطاً بمنزلة المودع. وفي القهستاني: إلا إذا خاف الحرق: أي حرقاً محيطاً بجميع عمقها انتهى. قوله: (فلو غير محيط ضمن) إذ الخوف منتف عند عدم الغلبة والإحاطة فتأمل. قاله الرملي. قال في الخلاصة: أما إذا لم يكن محيطاً يضمن بالدفع إلى الأجنبي اهـ. قوله: (فسلمها إلى جاره) الظاهر أن أساليب الكلام أنه لا يجب أن يسلمها إلى جاره، حتى لو تركها في داره فاحترقت لا يضمن، ولبحرر. أفاده سري الدين عن المجتبى، لكن في الهندية عن التمرتاشي أنه يضمن ط.

وفي التاترخانية عن التتمة: وسئل حميد الوبري عن مودع احترق بيته ولم ينقل الوديعة إلى مكان آخر إن مع تمكنه منه فتركها حتى احترقت ضمن اهـ. ومثله في الحاوي وجامع الفتاوى. ومثله ما لو تركها حتى أكلها العث خلافاً لما يأتي في النظم. قال في الحاوي: ويعرف من هذا كثير من الواقعات.

وفي نور العين: ذكر محمد في حريق وقع في دار المودع فدفعها إلى أجنبي لم يضمن، فلو خرج من ذلك ولم يستردها ضمن، كما لو دفعها إلى امرأته ثم طلقها ومضت عدتها، فلو لم يستردها ضمن إذ يجب عليه الاسترداد، ولأن الإيداع عقد غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء. وقال قاضيخان: لا يضمن، إذ المودع إنما ضمن بالدفع وحين دفع كان غير مضمون عليه فلا يضمن عليه.

يقول الحقير: هذا الدليل عليل، إذ للبقاء حكم الابتداء، فلو دفع الوديعة إلى أجنبي ابتداء ضمن، فكذا إذا لم يستردها في كلتا المسألتين خصوصاً في مسألة الحريق، فإن الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها، فبعد زوال الحريق ارتفعت الضرورة فلم يستردها من الأجنبي فكأنه أودعها إياه ابتداء، فالصواب أن يضمن في كلتا المسألتين كما ذكره صاحب المحيط. والله تعالى أعلم.

وفي عدة الفتاوى: لا يضمن بدفعها إلى جاره لضرورة كحريق. قال أبو جعفر في فتاويه: هذا لو لم يجد بداً من الدفع إلى أجنبي، أما لو أمكنه الدفع إلى من في عياله ضمن

إلا إذا أمكنه دفعها لمن في عياله أو ألقاها فوقعت في البحر ابتداء أو بالتدحرج ضمن. زيلعي **(فإن ادعاه)** أي الدفع لجاره أو فلك آخر **(صدق إن علم وقوعه)** أي الحرق **(ببيته)** أي بدار المودع **(وإلا)** يعلم، وقوع الحرق في داره **(لا)** يصدق **(إلا بينة)** فتحصل بين كلامي الخلاصة والهداية التوفيق، وبالله التوفيق.

بدفعها إلى أجنبي. قال الإمام خواهر زاده: هذا لو أحاط الحريق بالمنزل وإلا ضمن بدفعها إلى أجنبي اهـ.

وفي العتابية: لا يشترط هذا الشرط في الفتوى. تاترخانية في الفصل الثاني من الوديعة. قوله: **(إلا إذا أمكنه الخ)** أي وقت الحرق والغرق. قوله: **(أو ألقاها)** أي أو ألقى الوديعة في السفينة فوقعت في البحر يضمن، لأنها قد تلفت بفعله، وإن كان ذلك بالتدحرج لأنه منسوب إليه فهو كفعله. والظاهر أن قيد في السفينة ساقط من النساخ لوجوده في الأصل.

قال الزيلعي: هذا إذا لم يمكنه أن يدفعها إلى من هو في عياله، وإن أمكنه أن يحفظها في ذلك الوقت بعياله فدفعها إلى الأجنبي يضمن لأنه لا ضرورة فيه، وكذا لو ألقاها في سفينة أخرى وهلكت قبل أن تستقر فيها بأن وقعت في البحر ابتداء أو بالتدحرج يضمن لأن الإتلاف حصل بفعله اهـ. قوله: (صدق) أي بيمينه كما هو الظاهر. أبو السعود. قوله: **(أي بدار المودع)** كأن هذا من قبيل الاحتباك وأصلها: أي الحرق أو الغرق. وقوله: (بدار المودع) راجع إلى الحرق وحذف من الثاني أو سفينته الراجع إلى الغرق لدلالة كل مذكور على ما حذف بإزائه. وهذا على ما نحاه الشارح في شرحه، وأما على ما بينا من أصل عبارة الزيلعي فالأمر ظاهر، وأن جوهر المتن على أنه يصدق إن علم دفعه لها عند خوف الحرق أو الغرق بالبينة وهو الذي ذكره الشارح بعد. قوله: **(وإلا يعلم الخ)**.

وحاصله: أن صاحب المتن ذكر أنه لا يصدق مدعي الدفع للحرق أو الغرق إلا ببينة، والشارح صرف كلامه وقال: إن علم ذلك بالبينة على وقوعه في داره وفلكه أغنى عن بينة عن الدفع للخوف على نفس الوديعة، وإن لم تقم البينة على وقوع الحرق والغرق في داره وفلكه فلا بد من البينة على الدفع لخوف ذلك على نفس الوديعة. ثم إن الحرق كما يخشى منه على نفس السفينة قد يخشى منه على نفس الدار إذا كانت البيوت متصلة بطرف البحر أو النهر أو مجرى السيل، ومثل خوف الحرق والغرق لو خاف فسادها بخرير أسقفه من كثرة الأمطار وعند وقوع النهب في داره ودفعها إلى جاره بعد توهم سلامتها عنده. قوله: **(فتحصل بين كلامي الخلاصة والهداية التوفيق وبالله التوفيق)** وقد ذكر أيضاً صاحب الذخيرة عن المنتقى.

(ولو منعه الوديعة ظلماً بعد طلبه) لرد وديعته فلو حملها إليه لم يضمن. ابن ملك (ضمن) ولو حكماً كوكيله بخلاف رسوله،

قال المصنف: فإن ادعاه. أي ادعى المودع التسليم إلى جاره أو إلى فلك آخر صدق إن علم وقوعه ببيته. أي ببيت المودع وإلا لا: أي وإن لم يعلم لا يصدق. وفي الهداية وشرح الكنز للزيلعي أنه لا يصدق على ذلك إلا ببينة: لأن تسليم الوديعة إلى غيره يوجب الضمان، ودعوى الضرورة دعوى مسقط فلا تقبل إلا ببينة، كما إذا أتلفها في التصرف في حاجته بإذن صاحبها.

وفي الخلاصة: أنه إذا علم أن وقع الحريق في بيته قبل قوله، وإلا فلا. ويمكن حمل كلام الهداية على ما إذا لم يعلم وقوع الحريق في بيته وبه يحصل التوفيق، والذي أحوجه إلى ذلك حمل كلام صاحب الهداية والزيلعي قولهما لا يصدق على ذلك: أي على تسليم الوديعة، ولو حمل لا يصدق على ذلك: أي على وقوع الحرق أو الغرق بدليل قولهما ودعوى الضرورة الخ فإن الضرورة إنما هي في الحرق والغرق لا في التسليم لا تحدث مع عبارة الخلاصة. تأمل. قوله: (فلو حملها إليه لم يضمن) لأن مؤنة الرد على المالك، حموي. وإنما الضمان بمنع التخلية بينه وبين الوديعة بعد الطلب، أما لو كلفه حملها وردها إليه فامتنع عن ذلك لم يضمن لأنه لا يلزمه سوى التخلية. فلو كان طلب المودع بكسر الدال بحملها إليه فامتنع المودع من ذلك لم يضمن، هكذا صريح عبارة ابن ملك المنقول عنه. وأما ما وقع في نسخة الشيخ أبي الطيب فإنه تحريف. والنسخة التي كتب عليها فلو حملها إليه: أي لو حمل المودع الوديعة إلى ربها: يعني لو طلب استردادها من المودع فحملها إليه لم يضمن لأن حملها إليه يخرجه عن المنع.

وفي القهستاني: لو استردها فقال لم أقدر أحضر هذه الساعة فتركها فهلكت لم يضمن لأنه بالترك صار مودعاً ابتداء اهـ. وعزاه إلى المحيط.

وفي البحر: إن تركها عن رضا وذهب لا يضمن، وإن كان من غير رضا يضمن. كذا في الخلاصة. ولو قال له بعد طلبه اطلبها ثم ادعى ضياعها. فإن قال ضاعت بعد الإقرار فلا ضمان، وإلا ضمن. قوله: (ولو حكماً كوكيله بخلاف رسوله) سوى في المجتبى بين الوكيل والرسول وقال: إذا منعها عنهما لا يضمن. وفي العمادية ذكر الضمان في المنع من الرسول فالمسألة ذات خلاف فيهما، واقتصار المصنف على ما ذكره يدل على اعتماده، وقد نقله القهستاني عن المضمرات.

وفي الخلاصة: المالك إذا طلب الوديعة فقال المودع لا يمكنني أن أحضر الساعة فتركها وذهب: إن تركها عن رضا فهلكت لا يضمن، لأنه لما ذهب فقد أنشأ الوديعة، وإن كان عن غير رضا يضمن، ولو كان الذي يطلب الوديعة وكيل المالك يضمن لأنه

ليس إنشاء للوديعة، بخلاف الثالث انتهى. وهذا صريح في أنه يضمن بعدم الدفع إلى وكيل المالك كما لا يخفى، وهو خلاف ما تقدم في كتاب الوكالة في باب الوكالة بالخصومة.

ونصه: قال إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه على المشهور الخ. وكتب سيدي الوالد رحمه الله تعالى أن مقابل المشهور ما عن أبي يوسف ومحمد أنه يؤمر بالدفع، فلعل ما هنا على هذه الرواية.

وفي مجموعة مؤيد زاده: ولو قال إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لا يؤمر بتسليم الوديعة إليه لأنه مأمور بالحفظ فقط، ثم قال قد جاء رسولك فدفعتها إليه وكذبه المالك ضمنها، ولا يرجع بما ضمن على الرسول إن صدقه في كونه رسوله ولم يشترط عليه الرجوع، وإن كذبه ودفع إليه أو لم يصدقه ولم يكذبه يرجع على الرسول، وكذلك إن صدقه وشرط عليه الرجوع كما في الوجيز. ثم قال: ولو دفعها إلى رسول المودع فأنكر المودع الرسالة ضمن اهـ.

وفي فصول العمادي معزياً إلى الظهيرية: ورسول المودع إذا طلب الوديعة فقال لا أدفع إلا للذي جاء بها ولم يدفع إلى الرسول حتى هلك ضمن. وذكر في فتاوى القاضي ظهير الدين هذه المسألة وأجاب عنها بجم الدين أنه يضمن. وفيه نظر بدليل أن المودع إذا صدق من ادعى أنه وكيل بقبض الوديعة فإنه قال في الوكالة لا يؤمر بدفع الوديعة إليه، ولكن للقائل أن يفرق بين الوكيل والرسول لأن الرسول ينطق على لسان المرسل ولا كذلك الوكيل، ألا ترى أنه لو عزل الوكيل قبل علم الوكيل بالعزل لا يصح، ولو رجع عن الرسالة قبل علم الرسول صح كذا في فتاواه اهـ. منح.

قال محشيها الرملي في حاشية البحر: ظاهر ما في الفصول أنه لا يضمن في مسألة الوكيل كما هو منقول عن التجنيس، فهو مخالف للخلاصة كما هو ظاهر، ويتراءى في التوفيق بين القولين بأن يحمل ما في الخلاصة على ما إذا قصد الوكيل إنشاء الوديعة عند المودع بعد منعه ليدفع له وقت آخر. وما في فتاوى القاضي ظهير الدين والتجنيس على ما إذا منع ليؤدي إلى المودع بنفسه، ولذلك قال في جوابه: لا أدفع إلا للذي جاء بها. وفي الخلاصة: ما هو صريح في أن الوكيل لو تركها وذهب عن رضا بعد قول المودع لا يمكنني أن أحضرها الساعة: أي وأدفعها لك في غير هذه الساعة، فإذا فارقه فقد أنشأ الإيداع ليس له ذلك، بخلاف قوله لا أدفعها إلا للذي جاء بها فإنه استبقاء للإيداع الأول لا إنشاء إيداع. فتأمل، ولم أر من تعرض لهذا التوفيق، والله تعالى هو الموفق انتهى.

فالحاصل: أنه إذا منعها عن الرسول لا يضمن على ظاهر الرواية كما نقله عن

ولو بعلامة منه

البحر عن الخلاصة. وأما إذا منعها عن الوكيل ففيه اختلاف. ففي الخلاصة والقاعدية والوجيز والتاترخانية والحاوي الزاهدي والمضمرات أنه يضمن، واختاره المصنف في منحه؛ وتبعه الشارح هنا.

وفي شرحه على الملتقى. فتعين المصير إلى ما عليه الأكثر خصوصاً والمضمرات شرح القدوري والشروح مقدمة. ففي مسألتنا منع المودع الوديعة من الوكيل ظلماً ولم يقل له لم أدفعها إلا إلى الذي جاء بها حتى يكون مستبقاء للإيداع الأول؛ لأن قول الشارح كوكيله يقتضي المنع ظلماً، وبه يظهر أن ما ذكره في الفصول العمادية من الفرق المتقدم بين الوكيل والرسول مبني على خلاف ظاهر الرواية كما نبه عليه في نور العين.

ثم اعلم أن كلام التاترخانية يفيد تفصيلاً في مسألة الوكيل، وذلك أن المودع إنما يضمن بالمنع عن الوكيل إذا كان توكيله ثابتاً بالمعاينة أو بالبينة، أما إذا كان بتصديق المودع فإنه لا يضمن، وكذا لو كذبه بالأولى. وانظر هل يجري على هذا التفصيل في مسألة الرسول أيضاً، ومقتضى ما نذكره في القولة الآتية عن الخانية من قوله فجاء رجل وبين تلك العلامة فلم يصدقه المودع حتى هلكت الوديعة لا ضمان أنه لو صدقه يضمن فيخالف مسألة الوكيل. إلا أن يقال: إن قوله فلم يصدقه ليس قيداً احترازياً فلا مفهوم له، وهذ إن حمل على أنه رسول، وكذا إن حمل على أنه وكيل يخالف ما ذكرنا من التفصيل. ثم قال في البحر: وينبغي أن يكون على هذا التفصيل: أي في أصل المسألة فيما إذا ترك عن رضا وذهب لا يضمن، وفيما إذا كان عن غير رضا يضمن ما إذا كان المودع يمكنه وكان كاذباً في قوله، أما إذا كان صادقاً فلا يضمن مطلقاً لما قلنا انتهى.

قال سيدي الوالد رحمه الله تعالى: فيه نظر، لما في التجنيس أنه لو طلبها بوكيله أو رسوله فحبسها لا يضمن فتأمل. وانظر إلى ما ذكره بعده من قوله ولو بعلامة منه يحتج بأنه إنما منعه ليوصلها إلى الأصيل بنفسه لتكذيبه إياه، وفرع الخلاصة فيه المنع للعجز عن التسليم والترك والذهاب عن رضا إلى وقت آخر، وليس إنشاء إيداع بخلاف الأول، حتى لو كذبه في الفرع الذي تنقله فيه مع ذلك، والمسألة بحالها لا يضمن، فتأمل. قوله: (ولو بعلامة منه) لإمكان إتيان غير الرسول بهذه العلامة إلا أن يبرهن أنها له كما في الخلاصة وغيرها.

قال في الخانية: رجل أودع عند إنسان وديعة وقال في السر من أخبرك بعلامة كذا وكذا فادفع إليه الوديعة، فجاء رجل وبين تلك العلامة فلم يصدقه المودع حتى هلكت الوديعة، قال أبو القاسم: لا ضمان على المودع اهـ.

وفي حاشية جامع الفصولين للخير الرملي: وهل يصح هذا التوكيل ولا يضمن

على الظاهر (قادراً على تسليمها ضمن، وإلا)، بأن كان عاجزاً أو خاف على نفسه

المودع بالدفع أم لا يصح لكون الوكيل مجهولاً ويضمن بالدفع؟ قال الزاهدي في حاويه راقماً: فيه تفصيل، لو كانا عند ذلك الاتفاق بمكان لا يمكن لأحد من الناس استماع كلامهما فالدفع لمن جاء إليه بتلك العلامة، وأما استماعه ذلك من أجنبي فنادر، وإن كان عند ذلك بمكان فيه أحد من الناس ممن يفهم اتفاقهما على ذلك أو بمكان يمكن فيه لأحد استماع اتفاقهما إلى ذلك خفية وهما لا يريانه فالوكالة باطلة والدفع مضمن ا هـ. هذا ما نقله الرملي.

قلت: كثيراً ما يقع أن المالك بعد اتفاقه مع المودع على ذلك يبعث رجلاً بتلك العلامة فيسمعه آخر فيسبق الأول ويخبر المودع بتلك العلامة.

وقد يقال: إن هذا لا يتأتى صحة التوكيل بعد وجود شرطه المتقدم عند اتفاق المالك مع المودع: والظاهر أن المالك إذا قال لم أذكر العلامة لهذا الرجل الذي جاء وإنما ذكرتها لغيره أن يكون القول له لأنه منكر فيضمن المودع، فتأمل والله تعالى أعلم. أفاده سيدي الوالد رحمه الله تعالى قوله: (على الظاهر) أي ظاهر المذهب، وهو راجع إلى الوكيل والرسول، وقال الثاني يضمن كما في الهندية، وقد اختلفت الفتاوى في هذا، وقد علمت المعتمد. قوله: (ضمن) إن ضاعت لوجود التعدي بمنعه لأنه صار غاصباً، وهذا لأنه لما طالبه لم يكن راضياً بإمساكه بعده فيضمنها بحبسه عنه. داماد.

قال في البحر: ولو قال له بعد طلبه اطلبها غداً ثم ادعى ضياعها، فإن قال ضاعت بعد الإقرار لا ضمان، وإلا ضمن انتهى. قال سيدي الوالد رحمه الله تعالى. قوله بعد الإقرار: أي الإقرار ضمناً في قوله اطلبها غداً، وقوله بعد الإقرار ظرف لضاعت لا لقال.

وفي جامع الفصولين: طلبها ربها فقال اطلبها غداً فقال في الغد تلفت، فلو قال تلفت قبل قولي اطلبها غداً ضمن، لا لو قال بعده للتناقض في الأول لا الثاني.

قال ربها: ادفعها إلى فتى هذا تعطيها فأبى أو قال غداً يضمن ا هـ: أي لأنه كأنه وكل فتاه بحضرة المودع والوكيل لا يملك ابتداء الإيداع في قوله غداً انتهى. والمسألة في الخانية أيضاً. قوله: (بأن كان عاجزاً) أي عجزاً حسياً كأن لا يستطيع الوصول إلى محل الوديعة أو معنوياً، وهو ما أشار إليه بقوله أو خاف على نفسه: أي من ظالم أن يقتله أو دائن أن يحبسه وهو غير قادر على الوفاء أو كانت امرأة وخافت من فاسق أو خاف على ماله بأن كان مدفوناً معهما، فإذا ظهر اغتصبه منه غاصب فامتنع عن التسليم لذلك لا يضمن، لأنه لم يكن ظالماً. قوله: (أو خاف على نفسه أو ماله) في المحيط: لو طلبها أيام الفتنة فقال لم أقدر عليها هذه الساعة لبعدها أو لضيق الوقت فأغاروا على تلك الناحية

أو ماله بأن كان مدفوناً معها ابن ملك (لا) يضمن كطلب الظالم (فلو كانت الوديعة سيفاً أراده صاحبه أن يأخذ ليضرب به رجلاً ظلماً فله المنع من الدفع) إلى أن يعلم به ترك الرأي الأول وأنه ينتفع به على وجه مباح. جواهر (كما لو أودعت) امرأة (كتاباً فيه إقرار منها للزوج بمال أو بقبض مهرها منه) فله منعه منها لئلا يذهب حق الزوج. خانية (ومنه) أي من المنع ظلماً (موته) أي موت المودع (مجهلاً فإنه

فقال أجبر عليها لم يضمن، والقول له ا هـ. قوله: (كطلب الظالم) أي وديعته ليظلم بها فإنه بمنعها لا يكون ظالماً، حتى لو ضاعت لا يكون ضامناً كمنعه منه وديعة عبده فإنه به لا يكون ظالماً، لأن المولى ليس له قبض وديعة عبده مأذوناً كان أو محجوراً ما لم يحضر ويظهر أنه من كسبه لاحتمال أنه مال الغير، فإذا ظهر أنه للعبد بالبينة فحينئذ يأخذه. خلاصة ط. وربما كان المراد بالظالم هنا المالك لأن الكلام في طلبه هو فما بعده مفرع عليه: أعني قوله فلو كانت الوديعة سيفاً الخ، يدل عليه قول المصنف في المنح لما فيه من الإعانة على الظلم. قوله: (فلو كانت) تفريع على عدم الضمان بالمنع عند طلب الظالم.

وحاصله: أنه لا يضمن بطلب صاحب الوديعة حيث كان ظالماً بأن كانت الوديعة سيفاً فطلبه ليقتل به رجلاً مظلوماً بغير حق ولو معاهداً أو امرأة أو صبياً، فلو منعه لا يضمن لكون الطالب ظالماً ومثل السيف كل مؤذ فيما يظهر. قوله: (ليضرب به رجلاً) أي مظلوماً ولو معاهداً أو امرأة أو صبياً ط. قوله: (إلى أن يعلم الخ) فلو شك فيما ذكر لا يعد بمنعه ظالماً فلا يضمن بهلاكه. كذا يفاد من مفهومه ط. قوله: (كما لو أودعت) أتى بالكاف ليفيد أنه مثال غير مخصص، فمثله كل ما كان في معناه فيما يظهر.

قال في الأشباه: لا يجوز للمودع المنع بعد الطلب إلا في مسائل: لو كان سيفاً ليضرب به ظلماً، ولو كان كتاباً فيه إقرار بمال الغير أو قبض اهـ. قوله: (أي موت المودع) بفتح الدال مجهلاً، أما بتجهيل المالك فلا ضمان، والقول للمودع بيمينه بلا شبهة. قال الحانوتي: وعلى من ذلك الزائد في الرهن على قدر الدين اهـ.

أقول: الظاهر أنه منه لقولهم: ما تضمن به الوديعة يضمن به الرهن، فإذا مات مجهلاً يضمن ما زاد، وقد أفتيت به. رملي ملخصاً. قال ط: من الوديعة الزائد من الرهن على مقدار الدين فيضمن بالموت عن تجهيل وتكون الوديعة ونحوها كدين الصحة فيحاصص ربها الغرماء، لأن اليد المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك، ولأنه لما مات ولم يبين صار بالتجهيل مستهلكاً لها اهـ.

قال في مجمع الفتاوى: المودع أو المضارب أو المستعير أو المستبضع وكل من كان المال بيده أمانة إذا مات قبل البيان ولاتعرف الأمانة بعينها فإنه يكون دين عليه في تركته،

يضمن) فتصير ديناً في تركته، إلا إذا علم أن وارثه يعلمها فلا ضمان.

لأنه صار مستهلكاً الوديعة بالتجهيل؛ ومعنى موته مجهلاً أن لا يبين حال الأمانة كما في الأشباه.

وقد سئل عمر بن نجيم عما لو قال المريض عندي ورقة في الحانوت لفلان ضمنها دراهم لا أعرف قدرها فمات ولم توجد. فأجاب بأنه من التجهيل لقوله في البدائع: هو أن يموت قبل البيان ولم يعرف الأمانة بعينها اهـ. قال الحموي: وفيه تأمل. قال سيدي الوالد رحمه الله تعالى: ولينظر ما وجه التأمل.

وفي نور العين: لو مات المودع مجهلاً ضمن: يعني لو مات ولم يبين حال الوديعة، أما إذا عرفها الوارث والمودع يعلم أنه يعرف المودع فمات لم يضمن؛ فلو قال الوارث أنا علمتها وأنكر الطالب، لو فسرها بأن كانت كذا وكذا وقد هلكت صدق لكونها عنده.

وفي الذخيرة: قال ربما مات المودع مجهلاً وقالت ورثته كانت قائمة يوم موت المودع ومعروفة ثم هلكت بعد موته صدق ربما هو الصحيح، إذ الوديعة صارت ديناً في التركة في الظاهر فلا يصدق الورثة. ولو قال ورثته ردها في حياته أو تلفت في حياته لا يصدقون بلا بينة لموته مجهلاً فيقرر الضمان في التركة، ولو برهنوا أن المودع قال في حياته رددتها يقبل إذ الثابت ببينة كالثابت بعيان اهـ. قوله: (إلا إذا علم) بالبناء للفاعل وضميره للمودع بالفتح الذي مات مجهلاً، وإذا قال الوارث ردها في حياته أو تلفت في حياته لم يصدق بلا بينة، ولو برهن أن المودع قال في حياته رددتها يقبل.

قال الحموي في شرحه: وقيد في الخلاصة ضمان المودع بموته مجهلاً بأن لا يعرفها الوارث، أما إذا عرفها والمودع يعلم أنه يعرف فمات ولم يبين لا يضمن اهـ. وذلك بأن سئل عنها فقال عند فلان علمها.

قال سيدي الوالد رحمه الله تعالى في تنقيحه في جواب سؤال، والذي تحرر من كلامهم أن المودع إن أوصى بالوديعة في مرض موته ثم مات ولم توجد فلا ضمان في تركته، وإن لم يوص فلا يخلو إما أن يعرفها الورثة أو لا: فإن عرفوها وصدقهم صاحبها على المعرفة ولم توجد لا ضمان في التركة؛ وإن لم يعرفوها وقت موته فلا يخلو، إما أن تكون موجودة أو لا، فإن كانت موجودة وثبت أنها وديعة إما ببينة أو بإقرار الورثة أخذها صاحبها ولا يتوهم أنه في هذه الحالة مات مجهلاً فصارت ديناً فيشارك أصحاب الديون صاحبها، لأن هذا عند عدم وجودها، أما عند قيامها فلا شك أن صاحبها أحق بها، فإن لم توجد فحينئذ هي دين في التركة وصاحبها كسائر غرماء الصحة، وإن وجد بعضها وفقد بعضها، فإن كان مات مجهلاً أخذ صاحبها الموجود ورجع بالمفقود في التركة وإلا أخذ الموجود فقط؛ وإن مات وصارت ديناً، فإن كانت من ذوات الأمثال وجب مثلها وإلا

ولو قال الوارث أنا علمتها وأنكر الطالب، إن فسرها وقال هي كذا وأنا علمتها وهلكت، صدق هذا وما لو كانت عنده سواء، إلا في مسألة وهي أن الوارث إذا دل السارق على الوديعة لا يضمن والمودع إذا دل ضمن. خلاصة. إلا

فقيمتها، فعليك بحفظ هذا التحرير. والله سبحانه وتعالى أعلم نقل من فتاوى التمرتاشي.

وأجاب قارىء الهداية عن سؤال بقوله: إذا أقام المودع بينة على الإيداع وقد مات المودع مجهلاً للوديعة ولم يذكرها في وصيته ولا ذكر حالها لورثته فضمانها في تركته، فإن أقام بينة على قيمتها أخذت من تركته، وإن لم تكن له بينة على قيمتها فالقول فيها قول الورثة مع يمينهم، ولا يقبل قول الورثة إن مورثهم ردها لأنه لزمهم ضمانها فلا يبرؤن بمجرد قولهم من غير بينة شرعية على أن مورثهم ردها اهـ.

وقال في جواب آخر: ادعوا أن مورثهم ادعى قبل موته أنه رده إلى مالكه أو أنه تلف منه وأقاموا بينة على أنه قال ذلك في حياته تقبل بينتهم؛ وكذلك إذا أقاموا بينة أنه حين موته كان المال المذكور قائماً وأن مورثهم قال هذا المال لفلان عندي وديعة أو قرض أو قبضته لفلان بطريق الوكالة أو الرسالة لأدفعه إليه فادفعوه إليه ولكنه ضاع بعد ذلك من عندنا لا ضمان عليهم ولا في تركته اهـ.

أقول: وفي قوله أو قرض نظر، إن حمل على أن الميت استقرضه منه لأنه دخل في ملكه وصار مطالباً ببدله، وإذا هلك يهلك عليه بعد قبضه، إلا أن يحمل على أن المالك كان استقرضه ووضعه عند الميت أمانة فليتأمل هذا.

وفي حاشية الأشباه للبيري عن منية المفتي ما نصه: وارث المودع بعد موته إذا قال ضاعت في يد مورثي: فإن كان هذا في عياله حين كان مودعاً يصدق، وإن لم يكن في عياله لا اهـ. قوله: (صدق) يعني لو ادعى الطالب التجهيل بأن قال مات المودع مجهلاً وادعى الوارث أنها كانت قائمة يوم مات وكانت معروفة ثم هلكت بعد موته فالقول للطالب في الصحيح، إذ الوديعة صارت ديناً في التركة في الظاهر فلا يصدق الوارث كما في جامع الفصولين والبزازية كما علمت. قوله: (وما لو كانت عنده) أي عند المورث: يعني أن الوارث كالمودع فيقبل. قوله: (في الهلاك إذا فسرها فهو مثله)، إلا أنه خالفه في مسألة وهي قوله الآتي إلا في مسألة وهي الخ. قوله: (إلا أنه إذا منعه) أي المودع السارق: يعني أن المودع بعد ما دل السارق على الوديعة فجاء السارق ليأخذها فمنعه فأخذها السارق قهراً لا يضمن. قال في الخلاصة: المودع إنما يضمن إذا دل السارق على الوديعة إذا لم يمنعه من الأخذ حال الأخذ، فإن منعه لم يضمن اهـ. قوله: (إلا إذا منعه) أي المودع السارق فأخذ كرهاً. فصولين. وهو استثناء من قوله: (وللمودع إذا دل ضمن).

إذا مات مجهلاً تعد من الأخذ حال الأخذ (كما في سائر الأمانات) فإنها تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل كشريك ومفاوض (إلا في) عشر على ما في الأشباه، منها (ناظر أودع غلات الوقف ثم مات مجهلاً) فلا يضمن قيد بالغلة،

قوله: (كما في سائر الأمانات) ومنها: الرهن إذا مات المرتهن مجهلاً يضمن قيمة الرهن في تركته كما في الأنقروي، والمراد بالضمان: أي الزائد كما قدمناه عن الرملي؛ وكذا الوكيل إذا مات مجهلاً كما يؤخذ مما هنا، وبه أفتى الحامدي بعد الخيري

وفي إجارة البزازية: المستأجر يضمن إذا مات مجهلاً ما قبضه ا هـ. سائحاني. ومنها: المأمور بالدفع إذا مات مجهلاً كما في التنقيح لسيدي الوالد رحمه الله تعالى. وفيه الأب إذا مات مجهلاً يضمن، لكن صحح عدم ضمانه إذ الأب ليس أدنى حالاً من الوصي بل هو أولى حالاً من الوصي حيث لا يضمن إلا إذا كان الأب ممن يأكل مهور البنات كالفلاحين والأعراب، فالقول بتضمينه إذا مات مجهلاً ظاهر لأنه غاصب من أول الأمر؛ لأنه إنما قبض المهر لنفسه لا لبنته، فليكن التعويل على هذا التفصيل ومثله الجد كما مر ا هـ ملخصاً. قوله: (فإنها تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل) ويكون أسوة الغرماء. بيري على الأشباه. قوله: (ومفاوض) عطف خاص وكمرتهن. أنقروي وتقدم عنه. قوله: (إلا في عشر على ما في الأشباه) وعلى ما في الشرنبلالي على الوهبانية تسعة عشر كما تقف عليه. وفيه شبه اعتراض على المصنف حيث اقتصر في الاستثناء على ثلاثة والسبعة الباقية ذكرها في الأشباه صارت عشرة.

وعبارة الأشباه: الوصي إذا مات مجهلاً فلا ضمان عليه كما في جامع الفصولين. والأب إذا مات مجهلاً مال ابنه، والوارث إذا مات مجهلاً ما أودع عند مورثه، وإذا مات مجهلاً لما ألقته الريح في بيته أو لما وضعه مالكه في بيته بغير علمه، وإذا مات الصبي مجهلاً لما أودع عنده محجوراً ا هـ ملخصاً. وقدمنا قريباً ذكر الأب والجد فلا تنسه، ومن السبعة الباقية أحد المتفاوضين، ويأتي للشارح اعتماد الضمان. وتذكر تمامه إن شاء الله تعالى. قوله: (ناظر أودع غلات الوقف) عبارة الدرر قبض وهي أولى. تأمل. والذي في الأشباه: الناظر إذا مات مجهلاً غلات الوقف، ثم كلام المصنف عام في غلات المسجد وغلات المستحقين.

أقول: هكذا أطلقت المسألة في كثير من الكتب، ووقع فيها كلام من وجهين:

الأول: أن قاضيخان قيد ذلك بمتولي المسجد إذا أخذ غلات المسجد ومات من غير بيان، أما إن كانت الغلة مستحقة لقوم بالشرط فيضمن مطلقاً بدليل اتفاق كلمتهم فيما إذا كانت الدار وقفاً على أخوين غاب أحدهما وقبض الحاضر غلتها تسع سنين ثم مات الحاضر وترك وصياً ثم حضر الغائب وطالب الوصي بنصيبه من الغلة. قال الفقيه أبو

لأن الناظر لو مات مجهلاً لمال البدل ضمنه

جعفر: إذا كان الحاضر الذي قبض الغلة هو القيم على هذا الوقف كان للغائب أن يرجع في تركة الميت بحصته من الغلة، وإن لم يكن هو القيم إلا أن الأخوين أجرا جميعاً فكذلك، وإن أجرا الحاضر كانت الغلة كلها له في الحكم ولا يطيب له انتهى كلامه. وهذا مستفاد من قولهم غلة الوقف وما قبض في يد الناظر ليس غلة الناظر بل هو مال المستحقين بالشرط:

قال في الأشباه من القول في الملك: وغلة الوقف يملكها الموقوف عليه وإن لم يقبل انتهى. وينبغي أن يلحق بغلة المسجد ما إذا شرط ترك شيء في يد الناظر للعمارة، والله أعلم. كذا حرره شيخ مشايخنا منلا علي رحمه الله تعالى.

الثاني: أن الإمام الطرسوسي في أنفع الوسائل ذكر بحثاً أنه يضمن إذا طالبه المستحق ولم يدفع له ثم مات بلا بيان، أما إذا لم يطالب: فإن محموداً معروفاً بالأمانة لا يضمن وإلا ضمن، وأقره في البحر على تقييد ضمانه بالطلب: أي فلا يضمن بدونه. أما به فيضمن وهو ظاهر. وبه أفتى الشيخ إسماعيل الحائك، لكن ذكر الشيخ صالح في زواهر الجواهر أنه يضمن وإن لم يطالب المستحق، لأنه لما مات مجهلاً فقد ظلم، وقيده بحثاً بما إذا لم يمت فجأة، أما إذا مات على غفلة لا يضمن لعدم تمكنه من البيان، بخلاف ما إذا مات بمرض ونحوه وأقره الشارح، وعدم تمكنه من البيان لو مات فجأة إنما يظهر لو مات عقب قبض الغلة كما يأتي.

والحاصل: أن المتولي إذا قبض غلة الوقف ثم مات مجهلاً بأن لم توجد في تركته ولم يعلم ما صنع بها لا يضمنها في تركته مطلقاً كما هو المستفاد من أغلب عباراتهم، ولا كلام في ضمانه بعد طلب المستحق ولا في عدم ضمانه لو كانت الغلة لمسجد، وإنما الكلام فيما لو كانت غلة وقف لها مستحقون مالكون لها هل يضمنها مطلقاً على ما يفهم من تقييد قاضيخان، أو إذا كان غير محمود ولا معروف بالأمانة كما بحثه الطرسوسي، أو إذا كان موته بعد مرض لا فجأة كما بحثه في الزواهر؟ فليتأمل، وهذا كله في غلة الوقف. أما لو مات مجهلاً لمال البدل: أي لثمن الأرض المستبدلة أو لعين الوقف فإنه يضمن بموته مجهلاً بالأولى كما قال الشارح عن المصنف، وبه يعلم أن إطلاق المصنف والشارح في محل التقييد، فتنبه. قوله: (لأن الناظر لو مات مجهلاً لمال البدل ضمنه) أما لو علم ضياعه لا يضمن.

قال في البحر عن المحيط: لو ضاع الثمن من المستبدل لا ضمان عليه اهـ. وهذا صريح في جواز الاستبدال بالدراهم والدنانير، فلا يشترط كون البدل عقاراً، وهو ينافي ما قدمه في الوقف من اشتراط كون البدل عقاراً، أفاده أبو السعود في حاشية الأشباه ط.

أشباه: أي لثمن الأرض المستبدلة.

قلت: فلعين الوقف بالأولى كالدراهم الموقوفة على القول بجوازه قاله المصنف وأقره ابنه في الزواهر وقيد موته بحثاً بالفجاءة، فلو بمرض ونحوه ضمن لتمكنه من بيانها فكان مانعاً لها ظلماً فيضمن، ورد ما بحثه في أنفع الوسائل،

أقول: لكن تقدم الشارح في الوقف عن الأشباه أنه لا يجوز استبدال العامر إلا في أربع.

قلت: لكن في معروضات المفتي أبو السعود أنه في سنة ٩٥١ ورد الأمر الشريف بمنع استبداله وأمر بأن يصير بأمر السلطان تبعاً لترجيح صدر الشريعة اهـ فليحفظ اهـ. ونقله سيدي الوالد رحمه الله تعالى في تنقيحه.

أقول: وعليه المعوّل. قوله: (أشباه) قال محشيه الحموي: البدل بالدال المهملة ثمن أرض الوقف إذا باعها بمسوغ الاستبدال كما صرح به في الخانية، قيد بالتجهيل إذ لو علم ضياعه لا يضمن.

قال في الذخيرة: إن المال في يد المستبدل أمانة لا يضمن بضياعه اهـ. وإنما ضمن بالموت عن تجهيل لأنه الأصل في الأمانات إذا حصل الموت فيها عن تجهيل، فافهم. ويستفاد من قولهم إذا مات مجهلاً لمال البدل يضمن جواب واقعة الفتوى، وهي أن المولى إذا مات مجهلاً لعين الوقف كما إذا كان الوقف دراهم أو دنانير على القول بجوازه وعليه عمل الروم أن يكون ضامناً، لأنه إذا كان يضمن بتجهيل مال البدل فبتجهيل عين الوقف أولى. ذكره المصنف في منحه مع زيادة إيضاح. قوله: (على القول بجوازه) حيث جرت به العادة وعليه عمل أهل الروم كما علمت. قوله: (قاله المصنف) أي في منحه. قوله: (وأقره ابنه) الشيخ صالح. قوله: (وقيد) أي صاحب الزواهر. قوله: (موته بحثاً بالفجاءة) لعدم تمكنه من البيان فلم يكن حابساً ظلماً.

قلت: هذا مسلم لو مات فجأة عقب القبض. تأمل. وهذا راجع إلى المتن في البحث في غلة المستحقين كما يفيده كلامه الذي رد به على الطرسوسي لا إلى مال البدل وعين الوقف، حيث قال: لكن يقول العبد الضعيف: ينبغي أن يقال: إذا مات فجأة على غفلة لا يضمن لعدم تمكنه من بيانها فلم يكن حابساً ظلماً، وإن مات بمرض ونحوه فإنه يضمن لأنه تمكن من بيانها ولم يبين وكان مانعاً لها ظلماً فيضمن اهـ. وكان الأولى تقديم هذه المسألة هناك. قوله: (ورد ما بحثه في أنفع الوسائل) كما سمعته قريباً وما ذكره ابن المصنف من الرد.

وحاصل ما ذكره بحثاً تفصيلاً: إن حصل طلب المستحقين منه المال وأخر حتى مات مجهلاً يضمن، وإن لم يحصل طلب منه ومات مجهلاً ينبغي أن يقال أيضاً: إن كان

تنبيه، (و) منها: (قاضي مات مجهلاً لأموال اليتامى) زاد في الأشباه: عند من

محموداً بين الناس معروفاً بالديانة والأمانة لا ضمان عليه، وإن لم يكن كذلك ومضى زمان والمال في يده ولم يفرقه ولم يمنعه من ذلك مانع شرعي يضمن، وما ذكره الشيخ صالح ابن المصنف هو قوله.

أقول: هو لما مات مجهلاً فقد ظلم وقصر حيث لم يبين قبل موته فكان حبسها لها ظلماً فيضمن سواء طلب منه أو لا، ولا دخل لكونه محموداً أو غير محمود، ولو كان محموداً لبينها قبل موته في مرضه وخلص نفسه، فالحسن ما عليه المشايخ الأعلام، ثم ذكر بحثه السابق.

قال العلامة الرملي: العمل بإطلاقهم متعين، ولا نظر لما قاله الطرسوسي، وينبغي أن يقال ذلك فيما قال ابن المصنف في زواهره اهـ. ثم إن هذا من المؤلف خلط مقام بمقام فإنه لا خلاف في عدم ضمانه بموته مجهلاً غلات المسجد، وأما إذا مات مجهلاً استحقاق المستحقين ففيه اختلاف المشايخ، وما عليه مشايخ المذهب أنه يضمن مطلقاً خلافاً لتفصيل الطرسوسي.

والحاصل: أن بحث الطرسوسي وصاحب الزواهر في غلة المستحقين، ولا تنس ما قدمناه قريباً من حاصل الكلام في هذه المسألة والسلام. قوله: (ومنها قاضي مات مجهلاً لأموال اليتامى) قال المصنف في شرح تحفة الأقران: إذا خلط الأمين بعض أموال الناس ببعض أو الأمانة بماله فإنه ضامن، إلا في مسائل: لا يضمن الأمين بالخلط القاضي إذا خلط ماله بمال غيره أو مال رجل آخر، والمتولي إذا خلط مال الوقف بمال نفسه وقيل يضمن اهـ.

واعلم ما ذكره المصنف تبع فيه الأشباه من أن القاضي إذا مات مجهلاً أموال اليتامى لا يضمن، لكنه مخالف لما في جامع الفصولين من السابع والعشرين: لو وضع قاضي مال اليتيم في بيته ومات مجهلاً ضمن لأنه مودع، ولو دفعه القاضي إلى قوم ثقة ولا يدري إلى من دفع لم يضمن إذ المودع غيره اهـ. تأمل.

وفيه أيضاً: ولا يضمن الوصي بموته مجهلاً، ولو خلطاه بماله ضمن وضمن الأب بموته مجهلاً، ولو وضع القاضي مال اليتيم في بيته ومات مجهلاً ضمن لأنه مودع الخ.

أقول: لعل وجه الضمان كونها لا تتخطى الورثة فالغرم بالغنم، ويظهر من هذا الوصي إذا وضع مال اليتيم في بيته ومات مجهلاً يضمن، لأن ولايته قد تكون مستمدة من القاضي أو الأب فضمانه بالأولى. وفي الخيرية: وفي الوصي قول بالضمان. ويأتي تمام الكلام على ذلك قريباً إن شاء الله تعالى.

أودعها، ولا بد منه، لأنه لو وضعها في بيته ومات مجهلاً ضمن لأنه مودع، بخلاف ما لو أودع غيره لأن للقاضي ولاية إيداع مال اليتيم على المعتمد كما في تنوير البصائر، فليحفظ، (و) منها (سلطان أودع بعض الغنيمة عند غاز ثم مات مجهلاً) وليس منها مسألة أحد المتفاوضين على المعتمد

وأقول: وكذا الغاصب كما ذكره الكمال في فصل الشهادة على الإرث، وكذا المستأجر كما في البزازية في مسائل موت أحد المتعاقدين أيضاً. قوله: (ولا بد منه) ويؤيده قول جامع الفصولين: مات المودع ولا تدري الوديعة بعينها صارت ديناً في ماله، وكذا كل شيء أصله أمانة وتفصيل الأشباه وعبارة الظهيرية والفصولين. قوله: (لأنه وضعها في بيته ومات مجهلاً ضمن) وقدمنا وجهه، وكذا إذا جن جنوناً لا يرجى برؤه، كذا في شرح البيري معزياً لخزانة الأكمل. أبو السعود. لكن ذكر قاضيخان عن إبراهيم بن رستم: لو مات القاضي ولم يبين ما عنده من مال اليتيم لا يضمن. شرنبلالية. وفي البزازية: إذا قبض ماله ووضعه في منزله ولا يدري أين وضعه ومات يضمن إلا إذا قال للقاضي حال حياته ضاع أو أنفقته عليه لا يضمن اهـ. فتأمل. قوله: (ومنها سلطان أودع الخ) وذلك إنما يكون قبل القسمة.

أقول: وكذا إذا مات مجهلاً أموال اليتيم عنده كما في العمادية.

قال ط: ومنها: الوصي إذا مات مجهلاً فلا ضمان عليه كما في جامع الفصولين. ومنها: الأب إذا مات مجهلاً مال ابنه. ومنها: إذا مات الوارث مجهلاً ما أودع عند مورثه، وهذه لم يعزها صاحب الأشباه لأحد. ومنها: إذا مات مجهلاً ما ألقته الريح في بيته. ومنها: إذا مات مجهلاً لما وضعه مالكه في بيته بغير علمه كذا في الأشباه.

قال السيد الحموي: والصواب بغير أمره كما في شرح الجامع، إذ يستحيل تجهيل ما لا يعلمه. ومنها: إذا مات الصبي مجهلاً لما أودع عنده محجوراً لأنه لم يلتزم الحفظ وهي المتمة ثمام العشرة، وكذلك إذا بلغ ثم مات إلا أن يشهدوا أنها في يده بعد البلوغ لزوال المانع وهو الصبا، والمعتوه كالصبي في ذلك.

وذكر البيري أنه إذا مات الصبي بعد البلوغ ولم يدر متى هلكت الوديعة ولم يعلم كيف حالها لم يوجب القاضي ضماناً في ماله بالعقد الموقوف حتى يقيم المدعي بينة يشهدون أنهم رأوها في يده بعد البلوغ اهـ. قوله: (وليس منها مسألة أحد المتفاوضين) ذكر محمد في كتاب شركة الأصل مسألة رابعة، وهي أن أحد المتفاوضين إذا مات ولم يبين المال الذي كان في يده لم يضمن نصيب شريكه كما في المنح نقلاً عن تهذيب الواقعات للحسام الشهيد. وهكذا في الولوالجية. ولكن في فتاوى قاضيخان: وأما أحد المتفاوضين

لما نقله المصنف هنا. وفي الشركة من وقف الخانية أن الصواب أنه يضمن نصيب شريكه بموته مجهلاً وخلافه غلط.

قلت: وأقره محشوها، فبقي المستثنى تسعة فليحفظ. وزاد الشرنبلالي في

إذا كان المال عنده ولم يبين حال المال الذي كان عنده فمات: ذكر بعض الفقهاء أنه لا يضمن وأحاله إلى شركة الأصل وذلك غلط، بل الصحيح أنه يضمن نصيب صاحبه انتهى.

والعلامة الكمال بن الهمام قال في كتاب الشركة: الأمين إذا مات مجهلاً يضمن إلا في ثلاث، وجعل عدم ضمان المفاوض منها، ثم صرح في كتاب الوقف بأن المستثنى ثلاث وسكت عن ضمان المفاوض وأورد بدله غيره فليوفق.

أقول: من الله التوفيق، وغاية الحمل على اختلاف الروايتين، ولكن بدفعه تغليط قاضيخان عدم الضمان وبصحيح ضمان نصيب صاحبه، ويدل عليه ما نصه في القنية: مات أحد المفاوضين ومال الشركة ديون على الناس ولم يبين ذلك بل مات مجهلاً يضمن، كما لو مات مجهلاً للعين انتهى. فظهر أن هذا هو المذهب وأن ما ذكره المحقق الكمال ضعيف.

قال المصنف تبعاً للبحر: وأما أحد المتفاوضين إذا كان المال عنده ولم يبين حال المال الذي كان عنده فمات ذكر بعض الفقهاء أنه لا يضمن وأحاله إلى شركة الأصل وذلك غلط، بل الصحيح أنه يضمن نصيب صاحبه، كذا في الخانية من الوقف. وبه يتضح أن ما في الفتح وبعض الفتاوى ضعيف وأن الشريك يكون ضامناً بالموت عن تجهيل عناناً أو مفاوضة ومال المضاربة مثل مال الشركة إذا مات المضارب مجهلاً لمال المضاربة أو للمشتري بمالها.

قال في البزازية من النوع الخامس عشر في أنواع الدعاوى ما نصه. وفي دعوى مال الشركة بسبب الموت مجهلاً لا بد أن يبين أنه مات مجهلاً مال الشركة، وأما المشتري بمالها ومال الشركة مضمون بالمثل والمشتري بمالها مضمون بالقيمة ومثله مال المضاربة إذا مات المضارب مجهلاً لمال المضاربة أو للمشتري بمالها وهذا صريح في الضمان فإذا أقر في مرضه أنه ربح ألفاً ثم مات من غير بيان لا ضمان، إلا إذا أقر بوصولها إليه كما في قاضيخان من كتاب المضاربة. قوله: **(لما نقله المصنف هنا وفي الشركة)** ونقله صاحب البحر في الشركة. قوله: **(أنه يضمن نصيب شريكه)** عناناً أو مفاوضة، ومال المضاربة مثل مال الشركة إذا مات المضارب مجهلاً كما علمت. قوله: **(وأقره محشوها)** أي أقر الصواب. عشر الأشباه. قوله: **(فبقي المستثنى تسعة)** أي بخروج الشريك من العشرة وهي الثلاثة المذكورة في المصنف والستة المذكورة في الأشباه. قوله: **(وزاد الشرنبلالي في شرحه**

شرحه للوهبانية على العشرة تسعة: الجد ووصيه ووصي القاضي وستة من المحجورين، لأن الحجر يشمل سبعة؛ فإنه لصغر ورق وجنون وغفلة ودين وسفه وعته؛ والمعتوه كصبي، وإن بلغ ثم مات لا يضمن إلا أن يشهدوا أنها كانت في يده بعد بلوغه لزوال المانع وهو الصبا، فإن كان الصبي والمعتوه مأذوناً لهما،

للوهبانية على العشرة) أي بزيادة مسألة أحد المتفاوضين على ما تقدم. قوله: (الجد) قلت: يفهم من ذكر الأب، فإن أحكامه أحكامه إلا فيما استثني وهذه ليست منها؛ وقدمنا ذكرهما. قوله: (ووصيه ووصي القاضي) هما داخلان في الوصي في كلام الأشباه فلا وجه لزيادة ما ذكره إلا أن يقال: حمله على وصي الأب لبيان التفصيل للإيضاح، فتأمل. قوله: (وستة من المحجورين) أي والسابع وهو الصبي المحجور عليه مذكور هنا.

قلت: هي تعلم من ذكر الصبي ط: أي لو أودع عندهم وماتوا مجهلين فلا ضمان عليهم والستة من المحجورين وهم ما عدا الصغرى، وإنما أسقطه لأنه مذكور في الأشباه، ومراده الزيادة على ما في الأشباه، فافهم. قوله: (لأن الحجر يشمل سبعة) أي وقد قدمنا ما لو كان المودع صبياً وهي من الصور التي ذكرها في الأشباه ولم يذكرها شارحنا هنا. قوله: (فإنه) أي الحجر لصغر مسألة الصغر من العشرة التي في الأشباه إلا أن يقول: عدها هنا باعتبار قوله: (وإن بلغ ثم مات لا يضمن). تأمل. أو يقال: إن مراده مجرد المحجورين سبعة وأن مراده ستة منهم ما عدا الصغر لأنه مذكور في الأشباه، ولذلك قال: وستة من المحجورين. قوله: (ورق) قال في الظهيرية لو أن عبداً محجوراً عليه أودعه رجل مالاً ثم أعتقه الولي ثم مات ولم يبين الوديعة فالوديعة دين في ماله سواء شهد الشهود بقيام الوديعة بعد العتق أم لا، وإن مات وهو عبد فلا شيء على مولاه، إلا أن تعرف الوديعة فترد على صاحبها اهـ. قوله: (ودين) بفتح الدال وسكون الياء. قوله: (والمعتوه كصبي) قال في تلخيص الجامع: أودع صبياً محجوراً يعقل ابن اثني عشرة سنة ومات قبل بلوغه مجهلاً لا يجب الضمان انتهى. ولعله قصد بكاف التشبيه الإشارة إلى ما يأتي عن الوجيز تأمل. وعلل في الوجيز شرح الجامع الكبير عدم ضمانه بأنه لم يلتزم الحفظ، ثم قال: وإن بلغ ثم مات فكذلك إلا أن يشهدوا أنها في يده بعد البلوغ لزوال المانع وهو الصبا. والمعتوه كالصبي في ذلك، فإن كان مأذوناً لهما في ذلك ثم ماتا قبل البلوغ والإفاقة ضمنا اهـ. وبه تتضح عبارة الشارح. قوله: (وإن بلغ) أي الصبي ومثله إذا أفاق المعتوه كما يؤخذ مما سلف. قوله: (مأذوناً لهما) أي في التجارة كما في البيري عن خزانة الأكمل، أو في قبول الوديعة كما في الوجيز، فإن عبارته كما في الحموي: فإن كانا مأذوناً لهما في ذلك ثم ماتا قبل البلوغ والإفاقة ضمنا اهـ. ونص في الهندية على ضمانه في الصورتين إجماعاً

ثم ماتا قبل البلوغ والإفاقة ضمنا. كذا في شرح الجامع الوجيز. قال: فبلغ تسعة عشر، ونظم عاطفاً على بيتي الوهبانية بيتين وهي: [الطويل]

وَكُلُّ أَمِينٍ مَاتَ وَالْعَيْنَ يُجَهِّلُ ... وَمَا وُجِدَتْ عَيْناً فَدَيْناً تُصَيَّرُ
سِوَى مُتَوَلِّي الْوَقْفِ ثُمَّ مُفَاوِضٍ ... وَمُودِعِ مَالِ الْغُنْمِ وَهْوَ الْمُؤَمَّرُ
وَصَاحِبُ دَارٍ أَلْقَتِ الرِّيحُ مِثْلَ مَا ... لَوِ الْقَاهُ مُلَّاكٌ بِهَا لَيْسَ يَشْعُرُ
كَذَا وَالِدٌ جَدٌّ وَقَاضٍ وَصِيُّهُمْ ... جَمِيعاً وَمَحْجُورٌ فَوَارِثُ يَسْطُرُ

ط. قوله: (ثم ماتا قبل البلوغ والإفاقة ضمنا) هذا نشر على سبيل اللف، وهذه ثمرة تشبيه الشارح المعتوه بالصبي دون غيره، لا أن ثمرته جعل السبعة ستة بتداخل المعته في الصغر لأن الصبي المحجور عليه من عشرة. الأشباه. قوله: (شرح الجامع) أي الكبير، وقوله: (الوجيز) بدل من شرح فإن اسمه الوجيز. قوله: (قال) أي الشرنبلالي فبلغ: أي المستثنى. قوله: (تسعة عشر) أي بناء على عدّ المفاوض منها وهو غلط كما تقدم نقله عن قاضيخان. قوله: (ونظم الخ) أي نظم التسعة وبقية عشرة. الأشباه. قوله: (وهي) أي الأبيات الأربعة الأول لابن وهبان. قوله: (والعين) مفعول مقدم ليجهل والجملة حال: أي كل أمين مات والحال أنه يجهل العين، وما وجدت تلك العين بعينها فتصير ديناً فضمير وجدت وتصير راجعان إلى العين، وكلمة ما نافية وضمير يجهل للأمين، ومعناه يجهّل. قوله: (وما وجدت) أي العين الأمانة عيناً: أي معينة مشخصة. قوله: (تصير) بالبناء للمجهول. قوله: (ثم مفاوض) هذا على خلاف المعتمد كما قدمناه. قوله: (ومودع) بكسر الدال اسم فاعل، من أودع: أي سوى مودع مال الغنيمة: يعني إذا خرج السلطان إلى الغزو وغنموا فأودع بعض الغنيمة عند الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع لا ضمان عليه. قاله أبو الطيب. قوله: (وهو المؤمر) أي الذي جعل أميراً على الجيش فإن ذلك له قبل القسمة، فالمؤمر بصيغة اسم المفعول. قوله: (ألقت الريح) أي في تلك الدار شيئاً. قوله: (لو القاه) بدرج الهمزة. قوله: (ملاك) جمع مالك. قوله: (بها) أي بالدار. قوله: (ليس يشعر) تبع فيه صاحب الأشباه حيث قال لغير علمه. واعترضه الحموي بأن الصواب بغير أمره كما في شرح الجامع، إذ يستحيل تجهيل ما لا يعلمه اهـ. وقدمناه قريباً فكان عليه أن يقول في النظم ليس بآمر. قوله: (جميعاً) يعني أن وصي الأب والجد والقاضي لا يضمن، وليس المراد أن الجميع أوصوا إليه، وقد مر الكلام على ذلك، ويأتي قريباً إن شاء الله تعالى. قوله: (ومحجور) بأنواعه السبعة، فإن كان المراد من المحجور ستة كما قدمه يكون الموجود في النظم سبعة عشر. تأمل. قوله: (فوارث) بغير تنوين: أي إذا مات مجهلاً لما أخبره المورث به من الوديعة. قوله: (يسطر) خبر لمبتدأ محذوف: أي وهذا يسطر لحفظه ويسطر محقق.

(وكذا لو خلطها المودع) بجنسها أو بغيره (بماله) أو مال آخر. ابن كمال

قال ابن الشحنة: وفي التبيين قاعدة استثني منها مسائل، فالقاعدة قال في البدائع: لو مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فإنه يعود ديناً فيما خلف المضارب، وكذا المودع والمستعير وكل من كان المال في يده أمانة إذا مات قبل البيان، ولا تعرف الأمانة بعينها فإنه يكون عليه ديناً في تركته لأنه صار بالتجهيل مستهلكاً للوديعة ولا تصدق ورثته على الهلاك والتسليم إلى رب المال، ولو عين الميت المال في حال الحياة أو علم ذلك تكون تلك الأمانة في يد وصيه أو يد وارثه كما كانت في يده، ويصدقون على الهلاك والدفع إلى صاحبه كما يصدق الميت في حال حياته.

والمسائل الثلاثة المستثناة ذكرها بعد القاعدة في التتمة ناقلاً عن واقعات الناطفي، الأمانات تنقلب مضمونة بالموت إذا لم يبين إلا في ثلاث مسائل:

إحداها: متولي الأوقاف إذا مات ولم يعرف حال غلتها الذي أخذ ولم يبين لا ضمان عليه.

الثانية: إذا خرج السلطان إلى الغزو وغنموا فأودع بعض الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع لا ضمان عليه.

الثالثة: أن أحد[1] المتفاوضين إذا مات وفي يده مال الشركة اهـ. وقد علم ذلك مما قدمناه قريباً. قوله: (وكذا لو خلطها المودع) خلط مجاورة كقمح بقمح أو ممازجة كمائع بمائع.

اعلم أن الخلط على أربعة أوجه:

خلط بطريق المجاورة مع تيسر التمييز كخلط الدراهم البيض بالسود والدراهم بالدنانير والجوز باللوز وأنه لا يقطع حق المالك بالإجماع، ولو هلك قبل التمييز هلك أمانة كما لو هلك قبل الخلط.

وخلط بطريق المجاورة مع تعسر التمييز كخلط الحنطة بالشعير، وذلك يقطع حق المالك ويوجب الضمان في الصحيح، وقيل لا ينقطع حق المالك عن المخلوط بالإجماع هنا ويكون له الخيار. وقيل القياس أن يكون المخلوط ملكاً للخالط عند أبي حنيفة، وفي الاستحسان لا يصير.

وخلط الجنس بخلافه ممازجة كخلط الخل بالشيرج وهو دهن السمسم والخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه وإنه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان بالإجماع.

وخلط الجنس بالجنس ممازجة كخلط دهن اللوز بدهن اللوز أو دهن الجوز بدهن الجوز أو اللبن باللبن أو خلط الجنس بالجنس مجاورة كخلط الحنطة بالحنطة أو الشعير

---

(١) في ط (قوله أن أحد إلخ) لعل الظاهر إسقاط لفظ أو زيادة لا ضمان عليه بعد قوله مال الشركة.

بالشعير أو الدراهم البيض بالدراهم البيض أو السود بالسود، فعند أبي حنيفة هو استهلاك مطلقاً لا سبيل لصاحبه، إلا تضمين المودع مثله أو قيمته وصار المخلوط ملكاً للخالط، ولا يباح له قبل أداء الضمان، ولا سبيل للمالك عليها عند أبي حنيفة، ولو أبرأه سقط حقه من العين والدين وعندهما لا ينقطع ملك المالك عن المخلوط بل له الخيار، إن شاء ضمن الخالط مثله، وإن شاء شاركه في المخلوط بقدر دراهمه، لأنه يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكاً من وجه فيميل إلى أيهما شاء لأن القسمة فيما لا تتفاوت آحاده إفراز وتعيين حتى ملك كل واحد من الشريكين أن يأخذ حصته عيناً من غير قضاء ولا رضا، فكان إمكان الوصول إلى عين حقه قائماً معنى فيخير. وله أنه استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه ولا يكون الاستهلاك من العباد أكثر من ذلك، لأن إعدام المحل لا يدخل تحت قدرتهم فيصير ضامناً. زيلعي ومسكين. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه جعل الأقل تابعاً للأكثر. وقال محمد رحمه الله تعالى: يشاركه بكل حال، وكذلك أبو يوسف رحمه الله تعالى في كل مائع خلطه بجنسه يعتبر الأكثر وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول بانقطاع حق المالك في الكل، ومحمد رحمه الله تعالى بالتشريك في الكل. هندية.

ولو خلط المتولي ماله بمال الوقف لم يضمن، وفي الخلاصة ضمن. وطريق خروجه من الضمان الصرف في حاجة المسجد أو الرفع إلى الحاكم. منتقى.

القاضي لو خلط مال صبي بماله لم يضمن، وكذا سمسار خلط مال رجل بمال آخر، ولو بماله ضمن، وينبغي أن يكون المتولي كذلك، ولا يضمن الوصي بموته مجهلاً، ولو خلط بماله ضمن.

يقول الحقير: وقد مر نقلاً عن المنتقى أيضاً أن الوصي لو خلط ماله بمال اليتيم لم يضمن.

وفي الوجيز أيضاً قال أبو يوسف: إذا خلط الوصي مال اليتيم بماله فضاع لا يضمن نور العين من أواخر السادس والعشرين.

وبخط السائحاني عن الخيرية. وفي الوصي قول بالضمان اهـ. قلت: فأفاد أن المرجح علمه.

والحاصل: أن من لا يضمن بالخلط بماله المتولي والقاضي والسمسار بمال رجل آخر والوصي، وينبغي أن الأب كذلك، يؤيده ما في جامع الفصولين: لا يصير الأب غاصباً بأخذ مال ولده، وله أخذه بلا شيء لو محتاجاً وإلا فلو أخذه لحفظه فلا يضمن إلا

(بغير إذن) المالك (بحيث لا تتميز) إلا بكلفة كحنطة بشعير ودراهم جياد بزيوف. مجتبى (ضمنها) لاستهلاكه بالخلط، لكن لا يباح تناولها قبل أداء الضمان وصح الإبراء، ولو خلطه برديء ضمنه لأنه عيبه وبعكسه شريك،

إذا أتلفه بلا حاجة اهـ بل هو أولى من الوصي تأمل، والمراد بقوله ولده الولد الصغير كما نبه في الفصول العمادية.

وفي الهندية: ولو خلطت الفضة بعد الإذابة صار من المائعات لأنه مائع حقيقة عند الخلط فيكون على الخلاف المذكور كذا في التبيين.

وفي الفتاوى العتابية: ولو كان عنده حنطة وشعير لواحد فخلطهما ضمنهما كذا في التاترخانية: وإن كان الذي خلط الوديعة أحداً ممن هو في عياله كزوجته وابنه فلا ضمان عليه والضمان على الخالط. وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لا سبيل للمودع والمودع على العين إذا خلطها الغير ويضمنان الخالط. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى. إن شاءا ضمنا الخالط وإن شاءا أخذا العين وكانا شريكين سواء كان الخالط كبيراً أو صغيراً. كذا في السراج الوهاج، حراً كان أو عبداً. كذا في الذخيرة.

وقد قالوا: إنه لا يسع الخالط أكل هذه الدنانير حتى يؤدي مثلها إلى أربابها، وإن غاب الذي خلطها بحيث لا يقدر عليه: فإن تراضيا على أن يأخذها أحدهما ويدفع قيمة مال الآخر جاز، وإن أبيا ذلك أو أبى أحدهما وقالا نبيع ذلك فباعاها ضرب كل واحد منهما في الثمن بحصته، فإن كان المخلوط حنطة وشعيراً ضرب صاحب الحنطة بقيمتها حنطة مخلوطة وضرب صاحب الشعير بقيمة شعير غير مخلوط. كذا في السراج الوهاج اهـ. قوله: (بحيث لا تتميز) أي أصلاً كخلط الشيرج مع الزيت أو مع التمر كما مثل به الشارح. بقوله: (بكلفة كحنطة) واستفيد منه أن المراد بعدم التمييز عدمه على وجه التيسير لا عدم إمكانه مطلقاً كما في البحر. قوله: (ضمنها لاستهلاكه بالخلط) وإذا ضمنها ملكها، ولا تباح له قبل أداء الضمان، ولا سبيل للمالك عليها عند أبي حنيفة كما قدمناه. قوله: (وصح الإبراء) فلو أبرأه سقط حقه من العين والدين كما قدمنا. قوله: (ولو خلطه) أي الجيد قوله: (ضمنه) أي الجيد: أي ضمن مثل الجيد قوله: (وبعكسه) أي لو خلط رديء الوديعة بجيدها. قوله: (شريك) نقل نحوه المصنف عن المجتبى، ونص عبارته: لو خلط الوديعة بماله حتى لا تتميز يضمنها به ولا سبيل للمودع عليها. عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما يشركه إلى أن ذكر: ولو صب الرديء على الجيد يضمن مثل الجيد لأنه تعيب، وفي عكسه كان شريكاً لأن الرديء لا يتعيب بالجيد اهـ. فقد عرفه على قولهما القائلين بأن الخلط سبب الشركة ثم استثنى منها ما إذا خلط الرديء بالجيد وهو صحيح كما علمت مما قدمناه. وأما ما ذكره هنا مع اقتصاره على قول الإمام فإنه لا معنى له، لأنه

لعدمه. مجتبى (وإن بإذنه اشتركا) شركة أملاك كما لو اختلطت بغير صنعه كأن انشق الكيس لعدم التعدي ولو خلطها غير المودع ضمن الخالط ولو صغيراً، ولا يضمن أبوه. خلاصة.

(ولو أنفق بعضها فرد مثله فخلطه بالباقي) خلطاً لا يتميز معه (ضمن) الكل لخلط ماله بها؛ فلو تأتى التمييز أو أنفق ولم يرد أو أودع وديعتين فأنفق إحداهما ضمن ما أنفق فقط. مجتبى. وهذا إذا لم يضره التبعيض.

إذا خلطه ملكه ووجب ضمانه ولو أبرأه عنه طاب سواء خلطه بالجيد أو بالرديء أو بالمماثل، إلا أن هذا في غير الوديعة أو قول مقابل لما سبق من أن الخلط في الوديعة يوجب الضمان مطلقاً إذا كان لا يتميز. تأمل وتدبر. قوله: (لعدمه) أي عدم التعدي وهو علة المعطوف: أي ولا يضمن. قال في الفتح: فإن هلك بعضها هلك من مالهما جميعاً ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما كالمال المشترك اهـ. قوله: (كأن انشق الكيس) في صندوقه فاختلط بدراهمه اشتركا: أي المودع والمودع في المخلوط، حتى لو هلك بعضها هلك من ماليهما دراهم، ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل منهما. أبو السعود. قوله: (ولو خلطها غير المودع) أي سواء كان أجنبياً أو من في عياله كما علمت. قوله: (ضمن الخالط) عند الإمام. وقالا: إن شاء ضمنها الخالط وإن شاء أخذ العين وكانا شريكين كما قدمناه عن الهندية. قوله: (ولو صغيرا) لأنه من التعدي على أموال الناس، كما لو كسر زجاجات الغير فإن الضمان عليه. قوله: (فرد مثله) قال ابن سماعة عن محمد: في رجل أودع رجلاً ألف درهم فاشترى بها ودفعها ثم استردها بهبة أو شراء وردها إلى موضعها فضاعت لم يضمن. وروي عن محمد: أو قضاها غريمه بأمر صاحب الوديعة فوجدها زيوفاً فردها على المودع فهلكت ضمن. تاترخانية. قوله: (خلطاً لا يتميز) أي الباقي مع الخليط. قوله: (لخلط ماله بها) قال في البحر: ضمن الكل البعض بالإنفاق والبعض بالخلط لأنه متعد بالإنفاق منها، وما رده باق على ملكه اهـ. قوله: (فلو تأتي التمييز) كخلط الدراهم السود بالبيض أو الدراهم بالدنانير فإنه لا ينقطع حق المالك بإجماع كما قدمناه. قوله: (أو أنفق ولم يرد) فهلك الباقي لا يضمن لأنه حافظ للباقي. قوله: (وهذا إذا لم يضره التبعيض) مرتبط بقوله: «أو أنفق» ولم يرد كما في البحر.

وفيه: وقيد بقوله: «فرد مثلها» لأنه لو لم يرد كان ضامناً لما أنفق خاصة لأنه حافظ للباقي، ولم يتعيب لأنه مما لا يضره التبعيض، لأن الكلام فيما إذا كانت الوديعة دراهم أو دنانير، أو أشياء من المكيل والموزون اهـ.

قال الطحاوي: ولم أر فيما إذا فعل ذلك فيما يضره التبعيض هل يضمن الجميع أو ما أخذ ونقصان ما بقي فيحرر اهـ.

(وإذا تعدي عليها) فلبس ثوبها، أو ركب دابتها أو أخذ بعضها (ثم رد) عينه إلى يده (حتى زال التعدي زال) ما يؤدي إلى (الضمان) إذا لم يكن من نيته العود إليه أشباه من شروط النية،

أقول: وتحريره ما قاله العلامة أبو الطيب: فردتا خلخال إذا باع أحدهما فعيب تعيب الثاني أو باع بعض الفردة فيضمن الكل اهـ. قوله: (وإذا تعدي) أي المودع عليها، أما إذا هلكت من غير تعد فلا ضمان وشرط الضمان باطل كشرط عدمه في الرهن. أبو السعود في حاشية الأشباه. قوله: (أو ركب دابتها) أو استخدم عبدها أو أودعها غيره. قوله: (حتى زال التعدي) بأن رد الثوب إلى مكانه والدابة إلى مربطها وأخذ البعض يرده إلى يده وترك استخدام العبد واسترد الوديعة من الغير. قوله: (زال ما يؤدي إلى الضمان) وهو التعدي، ولا حاجة إلى هذه الزيادة لأنها أدت إلى ركاكة عبارة المصنف، لأنه يصير المتن: ثم زال التعدي زال التعدي، لأن ما يؤدي إلى الضمان هو التعدي، فلو أسقطه لكان أحسن كما وقع في العيني والدرر حيث قالا: وإن زال التعدي زال الضمان، بمعنى أن الوديعة إذا ضاعت بعد العود إلى يده لم يضمن خلافاً للشافعي. قال العيني: لأن الضمان وجب دفعاً للضرر الواقع وقد ارتفع بالعود إلى الوفاق فلا يضمن، وهذا مقيد بما لم ينقصها الاستعمال فإن نقصها ضمن أي النقصان لصيرورته حابساً لجزء منها على وجه التعدي. وكذا في شرح تنوير الأذهان، وإنما زال الضمان لأنه مأمور بالحفظ في كل الأوقات، فإذا خالف في البعض ثم رجع أتى بالمأمور به، كما إذا استأجره للحفظ شهراً فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي استحق الأجرة بقدره اهـ. منح. قوله: (إذا لم يكن من نيته العود إليه) فلو لبس ثوب الوديعة ونزعه ليلاً ومن عزمه أن يلبسه نهاراً ثم سرق ليلاً لا يبرأ عن الضمان. بحر من الجنايات معزياً للظهيرية. ولم يذكر المصنف حكم دعواه العود هل يكتفي بمجرد دعواه العود وإن لم يصدقه صاحب الوديعة، وهو مذكور في العمادية، وعبارتها: ولو أقر المودع أنه استعملها ثم ردها إلى مكانها فهلكت لا يصدق إلا ببينة.

فالحاصل: أن المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق إنما يبرأ عن الضمان إذا صدقه المالك في العود فإن كذبه لا يبرأ إلا أن يقيم البينة على العود إلى الوفاق.

ورأيت في موضع آخر: المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق فكذبه المودع فالقول قول المودع كما في الرهن، بخلاف ما إذا جحد الوديعة أو منعها ثم اعترف فإنه لا يبرأ إلا بالرد على المالك كما في الحواشي الحموية. قوله: (أشباه) عبارتها: قالوا في المودع إذا لبس ثوب الوديعة ثم نزعه ومن نيته أن يعود إلى لبسه لم يبرأ من الضمان اهـ.

قال البيري: هذا عجيب من المؤلف حيث قال: قالوا المشعر بأن ذلك قول علمائنا

بخلاف المستعير والمستأجر، فلو أزالاه لم يبرآ

كافة مع علمه بأن ذلك قول لصاحب الظهيرية وتخريجه، وقد نقله عن نيما بأبي، ونصه: عندي المودع إذا لبس قميص الوديعة بغير إذن المودع فنزعه بالليل للنوم فسرق القميص في الليل، فإن كان من قصده أن يلبس القميص من الغد لا يعد هذا ترك الخلاف حتى لا يضمن اهـ. وبه انتهى كلام البيري.

أقول: ويمكن أنه أتى بلفظ قالوا للتبري، ويؤيد ذلك قول صاحب البحر عقب ذكره عبارة الخلاصة قوله فراجعه. لكن قال في الذخيرة: لو وضع طبق وديعة على رأس الخبء فوقع فيه، إن وضع على وجه الاستعمال ضمن وإلا فلا اهـ.

وفي جامع الفصولين: وضع طبق الوديعة على رأس الخابية ضمن لو فيها شيء يحتاج إلى التغطية كماء ودقيق ونحوه، لأنه استعمال صيانة لما فيها لا لو لم يكن فيها شيء، ولو وضع ثوباً على عجين ضمن للاستعمال.

وضع الطشت على رأس التنور ضمن لو قصد التغطية، وإلا لا. لأنه مستعمل في الأول لا في الثاني اهـ. وأنت خبير بأن ما في الذخيرة أعم. فتأمل.

مَطْلَبٌ: رَجُلٌ تَنَاوَلَ مَالَ إِنْسَانٍ بِلَا أَمْرِهِ فِي حَيَاتِهِ ثُمَّ رَدَّهُ لِوَرَثَتِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ

فرع رجل تناول مال إنسان في حال حياته ثم رده إلى ورثته بعد موته يبرأ عن الدين ويبقى حق الميت في مظلمته إياه ولا يرجى له الخروج عنها إلا بالتوبة والاستغفار للميت والدعاء له اهـ. نور العين عن الخانية. قوله: (بخلاف المستعير والمستأجر) يعني إذا تعدى في المستعار والمستأجر بأن استعار ثوباً ليلبسه فلبسه يومين ونزعه ليسلم أو استأجر الدابة ليركبها أياماً معدودة أو ليحمل عليها أمناناً معلومة فركبها أو حملها أكثر منها ثم ردها كما كانت لم يبرأ خلافاً لزفر رحمه الله تعالى فيهما، لأن البراءة منه إنما تكون بإعادة يد المالك حقيقة أو حكماً ولم يوجد ذلك لأن قبضهما لأنفسهما، بخلاف المودع فإن يده يد المالك حكماً لأنه عامل له في الحفظ: زيلعي. وقيل إذا استأجر الدابة ذاهباً وجائياً يبرأ، وإن ذاهباً فقط لا يبرأ لأن العقد انتهى بالوصول إلى ذلك المكان وبالعود إليه لا يعود العقد بينهما. شلبي.

قال في جامع الفصولين: مستأجر الدابة والمستعير لو نوى أن لا يردها ثم ندم لو كان سائراً عند النية ضمن لو هلكت بعد النية، أما لو كان واقفاً إذا ترك نية الخلاف عاد أميناً اهـ.

واعلم أن ما مشى عليه المصنف تبعاً للكنز هو المفتي به كما في الشرنبلالية احترازاً عما ذكره في الدرر عن أن منهم من قال المستعير والمستأجر إذا خالفوا ثم عادوا إلى الوفاق برئوا عن الضمان إذا كانت مدة الإيداع والإعارة باقية الخ. قوله: (فلو أزالاه) أي

لعملهما لأنفسهما، بخلاف مودع ووكيل بيع أو حفظ أو إجارة أو استئجار ومضارب ومستبضع وشريك عناناً أو مفاوضة، ومستعير رهن. أشباه.

التعدي. قوله: (لعملهما لأنفسهما) وعبارة البحر: لأنهما مأموران بالحفظ تبعاً للاستعمال: أي المأذون فيه مقصوداً، فإذا انقطع الاستعمال المذكور لم يبق الحفظ ثابتاً فلا يبرآن بالعود اهـ ط.

وفي جامع الفصولين: ولو مأموراً بحفظ شهر فمضى شهر ثم استعملها ثم ترك الاستعمال وعاد إلى الحفظ ضمن إذ عاد والأمر بالحفظ قد زال اهـ. قوله: (بخلاف مودع) لا حاجة إليه لأنه أصل المسألة المقصودة بالذكر، ولكن إنما ذكره ليظهر عدده، ويتضح الاستثناء في قوله إلا في هذه العشرة ط. قوله: (ووكيل بيع) بأن استعمل ما وكل ببيعه ثم ترك وضاع لا يضمن. قوله: (أو حفظ) تقدم صورته قريباً. قوله: (أو إجارة) بأن وكله ليؤجر له دابة فركبها ثم ترك. قوله: (أو استئجار) بأن دفع له دراهم ليستأجر له بيتاً فدفعها في استئجار دكان ثم استردها بعينها فهلكت فإنه لا يضمن. قوله: (ومضارب ومستبضع) إذا خالفا ودفع المال لنفقته ثم عاد إلى الوفاق صار مضارباً ومستبضعاً. أبو السعود عن الشيخ صالح. قوله: (وشريك عناناً أو مفاوضة) فإنهما يعودان أمينين بالعود إلى الوفاق. أبو السعود. أما شريك الملك فإنه إذا تعدى ثم أزال التعدي لا يزول الضمان كما هو ظاهر، لما تقرر أنه أجنبي في حصة شريكه، فلو أعار دابة الشركة فتعدى ثم أزال التعدي لا يزول الضمان، ولو كانت في نوبته على وجه الحفظ فتعدى ثم أزاله يزول الضمان، وهي واقعة الفتوى سئلت عنها فأجبت بما ذكرته وإن لم أرها في كلامهم لتعلم به مما ذكر إذ هو مودع في هذه الحالة. وأما استعمالها بلا إذن الشريك فهي مسألة مقررة مشهورة عندهم بالضمان ويصير غاصباً. رملي على المنح. قوله: (ومستعير رهن) أي إذا استعار عبداً ليرهنه أو دابة فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل أن يرهنها ثم رهنها بمال بمثل القيمة ثم قضى المال ولم يقبضها حتى هلكت عند المرتهن لا ضمان على الراهن لأنه قد برىء عن الضمان حين رهنها، فإذا كان أميناً خالف فقد عاد إلى الوفاق، وإنما كان مستعير الرهن كالمودع لأن تسليمها إلى المرتهن يرجع إلى تحقيق مقصود المعير، حتى لو هلك بعد ذلك يصير دينه مقضياً فيستوجب المعير الرجوع على الراهن بمثله فكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكماً فلهذا برىء عن الضمان، كذا في البحر معزياً إلى المبسوط اهـ. نقله في المنح. وإنما قال ثم قضى المال ولم يقبضها لما ذكره أنه لو هلكت قبل أن يقضي المال كان قاضياً بها دينه فيضمن قيمتها لمالكها، وقوله ثم رهنه بمال بمثل قيمتها، الأولى أن يقول بما شرطه المعير لأنه لا يتجاوزه كما يأتي في بابه. تأمل. وقد علمت أن هذه المسألة مقيدة بما إذا تعدى ثم رهن، فلو استعار ليرهن

والحاصل: أن الأمين إذا تعدى ثم أزاله لا يزول الضمان إلا في هذه العشرة لأن يده كيد المالك، ولو كذبه في عوده للوفاق فالقول له، وقيل للمودع. عمادية (و) بخلاف (إقراره بعد جحوده) أي جحود الإيداع، حتى لو ادعى هبة أو بيعاً لم يضمن. خلاصة. وقيد بقوله: (بعد طلب) ربها (ردها) فلو سأله عن حالها فجحدها فهلكت

فتعدى ولم يرجع وضاعت فالضمان عليه ويكون داخلاً في حكم المستعير المذكور في المصنف، وأن هذه المسألة مستثناة من قول المصنف: بخلاف المستعير كما أفاده في شرح ط.

وقد سئل الخير الرملي عن المرتهن إذا مات مجهلاً للرهن هل يضمنه كملاً أم لا؟ فأجاب نعم، لأن الزائد عن الدين أمانة فتضمن كما هو ظاهر اهـ. قوله: (ثم أزاله) أي التعدي. قوله: (إلا في هذه العشرة) بعد الشريك صورتين. قوله: (لأن يده كيد المالك) أي حكماً لأنه عامل في الحفظ، وهذه علة لمسألة الوديعة المذكورة في المصنف.

والحاصل: أن كل أمين خالف ثم عاد إلى الوفاق عاد أميناً لأن يده يد المالك حكماً لأنه عامل في الحفظ، إلا المستعير والمستأجر فإنهما ضامنان مطلقاً لأن قبضهما العين كان لأنفسهما لاستيفاء المنافع، فإذا ترك الخلاف لم يوجد الرد إلى صاحبها لا حقيقة ولا حكماً، بخلاف المودع وما عطف عليه فإن يده يد المالك حكماً لأنه عامل في الحفظ كما ذكرنا. قوله: (فالقول له) أي للمالك إلا أن يقيم المودع البينة على العود إلى الوفاق، والأولى التصريح بذلك لدفع اللبس الواقع في العبارة، فتأمل ط. قوله: (وقيل للمودع) بفتح الدال لأنه ينفي الضمان عنه أي ولا يشترط إقامة البينة على العود إلى الوفاق، وظاهر كلامهم اعتماد الأول. قوله: (وبخلاف إقراره بعد جحوده) بأن قال لم تودعني. أما لو قال: ليس له علي شيء ثم ادعى رداً أو تلفاً صدق. أبو السعود عن الشرنبلالية. ومثله جحوده بلا إقرار بأن أقام بينة بعد الجحود كما في الدرر. وقوله: (وبخلاف إقراره) معطوف على قوله «بخلاف المستعير والمستأجر». قوله: (حتى لو ادعى هبة أو بيعاً) يعني قيد. بقوله: (بعد جحوده)، لأنه لو ادعى أن المالك وهبها له أو باعها منه وأنكر صاحبها ثم هلكت لا ضمان على المودع لأنهما اتفقا على اليد واختلفا في الجهة فيحمل على المحقق وهو يد الأمانة والمالك المالك. قوله: (وقيد بقوله بعد طلب ربها) ومثله طلب امرأة الغائب وجيران اليتيم من الوصي لينفق عليه من ماله كما في الخانية، ومثله في التاترخانية. وقوله «بعد» متعلق. بقوله: (بجحوده). قوله: (فلو سأله عن حالها) بأن قال ما حال وديعتي عندك ليشكره على حفظها. بحر. والأولى أن يقرن لأنه ألغ بدل الفاء، وكذا يقال فيما يأتي. قوله: (فجحدها) قال الرملي: هذا ليس بجحود حقيقة،

لم يضمن. بحر. وقيد. بقوله. (ونقلها من مكانها وقت الإنكار) أي حال جحوده، لأنه لو لم ينقلها وقته فهلكت لم يضمن. خلاصة: وقيد. قوله: (وكانت) الوديعة (منقولاً) لأن العقار

وإنما هو حفظ فاستغنى في الكنز عن ذكره. قوله: (لم يضمن) لأن كتمان الوديعة أمكن في حفظها لأن بذكرها قد يتنبه لها الظالم والسارق فكان جحوده من باب الحفظ، بخلاف ما إذا كان جحوده عند طلب المالك لها فإن بالطلب ينتهي الإيداع فإنه ما أودعها إلا ليسلمها له عند حاجته إليها فبالمنع يكون غاصباً فيضمن ولم تبق يده يد المالك، فبإقراره بعد ذلك لم يحصل الرد إلى مالكها لا حقيقة ولا حكماً، فلذا لا يبرأ عن الضمان إلا بتسليمها إلى المالك حقيقة. قوله: (ونقلها من مكانها وقت الإنكار) المراد به زمن الإنكار، وليس المراد نقلها وقته حقيقة لأنه لا يتأتى في نادر من الصور.

وعبارة الخلاصة: وفي غصب الأجناس إنما يضمن إذا نقلها عن موضعها الذي كانت فيه حال الجحود وإن لم ينقلها وهلكت لا يضمن اهـ. وهو ظاهر، وعليه فهو متعلق بقوله: (مكانها)، وانظر ما لو كان نقلها قبله وفي نيته الجحود، وقد نقل هذا التقييد الشرنبلالي عن الناطفي ونقل عن جامع الفصولين أنه يضمن بجحود الوديعة كالعارية ولو لم يحولها. وقوله: (وكانت منقولاً) لا حاجة إليه بعد. قوله: (ونقلها من مكانها) ولو قدمه عليه لكان أولى. قوله: (لأنه لو لم ينقلها وقته) صادق بعدم النقل أصلاً وبنقلها بعده وقبله، وإنما اعتبر النقل ليتحقق الغصب في المنقول، إذ الغصب إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة، وهو إنما يتحقق بنقلها من مكانها وقت الجحود لأن يده عليها يد أمانة لا ضمان، فإذا جحدها فنقلها فقد أزال يد الأمانة وأثبت يد الغصب، بخلاف ما إذا لم ينقلها فإن يد الأمانة باقية، وقد نقل هذا القيد الشرنبلالي كما قدمناه.

ونصه: إذا جحد المودع الوديعة بحضرة صاحبها يكون ذلك فسخاً للوديعة، حتى لو نقلها المودع من المكان الذي كان فيه حالة الجحود يضمن، وإن لم ينقلها عن ذلك المكان بعد الجحود فهلكت لا يضمن اهـ. ونقله في التاترخانية عن الخانية معزياً للناطفي، لكن ذكر في جامع الفصولين أنه يضمن بجحود الوديعة كالعارية ولو لم يحولها.

وفي المنتقى: لو كانت العارية مما يحول يضمن بالإنكار وإن لم يحولها. وفي البدائع أن العقد ينفسخ بطلب المالك لأنه لما طلبها فقد عزله عن الحفظ أو لما جحده المودع بحضرة المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فبقي مال الغير في يده بغير إذنه فيكون مضموناً، فإذا هلك تقرر الضمان اهـ.

قال الخير الرملي: لم يظهر لأصحاب المتون صحة هذا القول فلم ينظروا إليه، فراجع المطولات يظهر لك ذلك اهـ. تأمل. قوله: (وكانت الوديعة منقولاً) أقول: العقار

لا يضمن بالجحود عندها خلافاً لمحمد في الأصح غصب. الزيلعي. وقيد بقوله: (ولم يكن هناك من يخاف منه عليها) فلو كان لم يضمن لأنه من باب الحفظ. وقيد بقوله: (ولم يحضرها بعد جحودها) لأنه لو جحدها ثم أحضرها فقال له ربها دعها وديعة، فإن أمكنه أخذها لم يضمن لأنه إيداع جديد وإلا ضمنها لأنه لم يتم الرد. اختيار. وقيد بقوله: (لمالكها) لأنه لو جحدها لغيره لم يضمن لأنه من الحفظ، فإذا تمت هذه الشروط لم يبرأ بإقراره إلا بعقد جديد ولم يوجد.

مقرر عدم الضمان فيه لعدم تصوّر غصبه فلم يصرح في الكنز بنفيه اكتفاء بذلك كما سيذكره في بابه، أو لأن الأصح مذهب محمد فيه فأراد دخوله. تأمل. ذكره الخير الرملي. قوله: (لا يضمن بالجحود عندها) لعدم تصوّر غصبه. قوله: (خلافاً لمحمد) فإن الغصب يجري فيه عنده، فلو جحده يكون ضامناً. قوله: (في الأصح) أي قوله هو الأصح. قوله: (غصب الزيلعي) أي ذكره الزيلعي في كتاب الغصب. قوله: (ولم يكن هناك من يخاف منه عليها) أي لأنه لو جحدها في وجه عدو يخاف عنها التلف، إن أقر ثم هلكت لا يضمنها لأنه إنما أراد حفظها. كذا في المنح. قوله: (فلو كان لم يضمن) أي أقر ثم هلكت. قوله: (وقيد بقوله ولم يحضرها الخ) أقول: لم يصرح به في الكنز. والجواب عنه أنه حيث قلتم إنه إيداع جديد فما مدخله في مسألتنا فتأمله. ذكره الخير الرملي. قوله: (فإن أمكنه) أي ربها أخذها عند إحضارها ليجعل قبضاً لها. قوله: (لم يضمن لأنه إيداع جديد) أي بقوله: دعها، فيكون إبقاؤها إيداعاً جديداً قوله: (وإلا) أي وإن لم يكن المالك أخذها عند إحضارها. قوله: (ضمنها) لأنه لم يجعل قابضاً لها فبقيت مضمونة على جاحدها. قوله: (لأنه لم يتم الرد) أي ردها إلى المالك بإحضارها عند عدم تمكنه من أخذها فلا يصح الإيداع الجديد، لأن الإيداع إنما يكون لعين ماله، وهو إنما يستحق على المودع ضمانها فهو كالدين في ذمته والمضمون لا يصير أمانة إلا بعد الخروج عن عهدة ضمانه وذلك بالتسليم التام الذي يمكن المالك معه القبض والتسليم. قوله: (وقيد بقوله لمالكها) أو وكيله كما في التاترخانية فاللام بمعنى عند. ويؤيده قول الدرر: أو جحودها عند مالكها.

قال الخير الرملي: لا حاجة إليه: أي مالكها لأنه هو المراد لا غيره إذ الكلام فيه فلذا لم يذكره في الكنز. قوله: (فإذا تمت الشروط) وهي طلب ردها ونقلها وكونه منقولاً وعدم الخوف عليها وعدم إحضارها بعد جحودها وكون الجحود لمالكها لم يبرأ الخ. قوله: (إلا بعقد جديد ولم يوجد) والحاصل على ما ذكره المصنف أنه لا يضمن إلا بشروط: أن يجحد عند سؤال ردها، وأن ينقلها، وأن يكون نقلها زمن إنكارها، وأن تكون مما ينقل، وأن لا يكون عند الإنكار من يخاف عليها منه، وأن لا يحضرها بعد جحوده، وأن

ولو جحدها ثم ادعى ردها بعد ذلك ويرهن عليه قبل) ويبرىء (وكما لو ردها قبل الجحود، وقال غلطت في الجحود أو نسيت أو ظننت أني دفعتها) قبل برهانه.

ولو ادعى هلاكها قبل جحودها حلف المالك

يكون الجحود لمالكها. فإن وجدت هذه الشروط ضمن. وإلا بأن جحد عند غير صاحبها أو عنده حين يسأله عن حالها من غير أن يطالب منه الرد أو طلب منه الرد عند من يخاف منه فجحدها لا يضمن. قوله: (قبل) لعدم تناقضه فإنه يقول إني بعد أن جحدتك الوديعة نسياناً أو ظناً ثم تذكرت[1] أو رجعت عن الظلم كان مدعياً فإذا نوّر دعواه بالبينة قبلت تبرأ عن الضمان. قوله: (كما لو يرهن الخ) هكذا نقله في الخانية والخلاصة.

ونقل في البحر عن الخلاصة أنه لا يصدق، لكن في عبارته سقط، ويدل عليه أن الكلام في البينة لا في مجرد الدعوى، حتى يقال لا يصدق.

وعبارة الخلاصة بعد قوله ثم يستودعني هكذا: وفي الأقضية. لو قال لم يستودعني ثم ادعى الرد أو الهلاك لا يصدق، ففي عبارته سقط.

قال في الخانية: وذكر في المنتقى إذا جحد المودع الوديعة ثم ادعى أنه ردها بعد ذلك وأقام البينة قبلت بينته، وكذا لو أقام البينة أنه ردها قبل الجحود وقال إنما غلطت الخ، فظهر أن فيما نقله صاحب البحر عن الخلاصة سقط.

وفي الخانية أيضاً: ولو جحد المودع الوديعة ثم أقام البينة على هلاكها قبل الجحود، إن قال ليس لك عندي وديعة قبلت بينته ويبرأ عن الضمان. ولو قال نسيت في الجحود أو قال غلطت ثم أقام البينة أنه دفعها إلى صاحبها قبل الجحود برىء اهـ. قوله: (وقال غلطت) حال من الضمير في برهن الثانية التي هي على الرد قبل الجحود لأنه متناقض في دعواه ذلك لأنه حيث جحدها زعم أنه لا وديعة عنده فلا يتأتى الرد لنفي أصل الوديعة فيحتاج إلى التوفيق، فإذا قال غلطت: أي أردت أن أقول رددتها فقلت لا وديعة عندي أو لم تودعني شيئاً لأن الوديعة التي قد أودعتها عندي قد انتهت بالتسليم إليك فصرت كأن لم تودع شيئاً فيقبل حينئذ برهانه لارتفاع التناقض، وكذا لو قال نسيت: أي حين سألتني عن الوديعة بعد ردها إليك نسيت الإيداع والرد فلذلك قلت لك لم تودعني شيئاً ثم تذكرت وهذه بينتي على الرد فتقبل. قوله: (أو ظننت أني دفعتها) أي وبعد الدفع لم أكن مودعاً فأنا صادق في قولي لك لم تودعني لأني قد برئت من وديعتك بتسليمها إليك. قوله: (ولو ادعى هلاكها قبل جحودها حلف المالك الخ) أي عند القاضي بطلب المودع

---

(1) في ط (قوله ثم تذكرت) لعل الظاهر إسقاط ثم.

ما يعلم ذلك، فإن حلف ضمنه، وإن نكل برىء، وكذا العارية. سراج. ويضمن قيمتها يوم الجحود إن علم، وإلا فيوم الإيداع. عمادية.

عند عدم إقامة البينة على الضياع من المودع، لأن كل من إذا أقر بشيء لزمه يحلف عند إنكاره، والمالك لو أقر بهلاكها قبل جحود المودع انتفى الضمان، فإذا أنكره يحلف، فإذا حلف ضمنها المودع لعدم ثبوت مدعاه فيضمن بجحوده، وإن نكل برىء المودع لأن النكول إقرار أو بذل على ما عرف. قوله: (ما يعلم ذلك) لأنه تحليف على غير فعله فيكون على العلم وذلك عند عدم إقامة البينة على الضياع من المودع. أما إذا أقام بينة، فإن كان قبل الجحود تقبل لعدم التعدي والتناقض، وإن بعده لا تقبل لأنه بالجحود غاصب ولم يرد إلى المالك كما تقدم.

قال في الهندية: إذا أقام رب الوديعة البينة على الإيداع بعد ما جحد المودع وأقام المودع البينة على الضياع. فإن جحد المودع الإيداع بأن يقول للمودع لم تودعني، ففي هذا الوجه المودع ضامن وبينته على الضياع مردودة سواء شهد الشهود على الضياع قبل الجحود أو بعد الجحود. وإن جحد الوديعة بأن قال ليس لك عندي وديعة ثم أقام البينة على الضياع: إن أقام البينة على الضياع بعد الجحود فهو ضامن، وإن أقام بينته على الضياع قبل الجحود فلا ضمان، وإن أقام بينته على الضياع مطلقاً ولم يتعرضوا لكونه قبل الجحود أو بعده فهو ضامن اهـ. قوله: (فإن حلف ضمنه) أي ضمن المالك المودع لعدم ثبوت مدعاه فيضمن بجحوده، وإن نكل برىء: أي المودع لأن النكول إقرار أو بذل كما سمعت. قوله: (وكذا العارية) أي إذا ادعى المستعير هلاكها قبل جحوده فإن القاضي يحلفه على العلم. قوله: (ويضمن قيمتها يوم الجحود إن علم) الأصوب علمت: أي القيمة لأن الفاعل ضمير مؤنث متصل فتلزم التاء.

ونقل في المنح قبله عن الخلاصة: ضمن القيمة يوم الإيداع بدون تفصيل، لكنه متابع في النقل عن الخلاصة لصاحب البحر، وفيما نقله سقط كما قدمناه قريباً، فإن ما رأيته في الخلاصة موافق لما في العمادية فتنبه.

وأصل العبارة: قضى عليه بقيمته يوم الجحود، وإن قال الشهود لا نعلم قيمته يوم الجحود لكن قيمته يوم الإيداع كذا قضى عليه بقيمته يوم الإيداع.

وعبارة العمادية: أنه لو جحد الوديعة وهلكت ثم أقام المودع بينة على قيمتها يوم الجحود يقضى بقيمتها يوم الجحود، وإن لم يعلم قيمتها يوم الجحود يقضى بقيمتها يوم الإيداع: يعني إذا أثبت الوديعة. كذا ذكره في العدة اهـ. ولذلك تعقب العلامة المقدسي صاحب البحر بأن الذي في الخلاصة يقضى عليه بقيمته الخ. قوله: (وإلا فيوم الإيداع) قال مؤيد زاده: إن لم تعلم قيمة الوديعة يوم الجحود يقضى بقيمتها يوم الإيداع. قوله:

بخلاف مضارب جحد ثم اشترى لم يضمن. خانية (و) المودع (له السفر بها)،

(بخلاف مضارب جحد) أي قال لرب المال لم تدفع لي شيئاً. قوله: (ثم اشترى) أي بعد ما أقر ورجع عن الجحود، بأن قال بلى قد دفعت إليّ، بخلاف ما لو أقر بعد الشراء فيضمن المتاع له. منح عن الخانية. قوله. (لم يضمن خانية) عبارتها كما في المنح: المضارب إذا قال لرب المال لم تدفع إليّ شيئاً ثم قال بلى قد دفعت إليّ ثم اشترى بالمال ذكر الناطفي أن المشتري يكون على المضاربة، وإن ضاع المال في يده بعد الجحود وقبل الشراء فهو ضامن والقياس أن يضمن على كل حال.

وفي الاستحسان: إن جحد ثم أقر ثم اشترى برىء عن الضمان، وإن جحدها ثم اشترى ثم أقر فهو ضامن والمتاع له، وكذا الوكيل بشراء شيء بغير عينه بألف ودفع الموكل المال إلى الوكيل، فإن كان العبد معيناً فاشتراه في حالة الجحود أو بعد ما أقر فهو للآمر.

ولو دفع رجل عبداً إلى رجل ليبيعه فجحد المأمور ثم أقر به فباعه قال محمد بن سلمة جاز وبرىء عن الضمان. وقال غيره من المشايخ في قياس قوله ولو باعه بعد الجحود ثم أقر جاز أيضاً اهـ. وبهذا يعلم ما في عبارته من حذف مالا بد منه وهو قوله ثم أقر ثم اشترى الخ، فتأمل. وعليه فلو قال بخلاف مضارب جحد ثم أقر ثم اشترى لم يضمن لأصاب. قوله: (والمودع له السفر بها) أي براً، وأجمعوا أنه لو سافر بها بحراً يضمن. حلبية عن غاية البيان.

قال في البحر: ومن المخوف السفر بها في البحر لأن الغالب فيه العطب اهـ. وعزاه للاختيار.

وتعقبه المقدسي بحثاً منه رحمه الله تعالى بأن من تقرر أن النادر لا حكم له، فنو العطب قليلاً والسلامة أغلب فلا ضمان سواء سافر براً أو بحراً، وبالعكس يضمن، يعمل ذلك من هنا ومن قولهم للمضارب السفر براً أو بحراً، ومن قولهم يجب الحج إذا كان الأغلب السلامة ولو بحراً، وهذا يختلف باختلاف الزمان والمكان كما هو مشاهد فتدبر انتهى. وأجيب أيضاً بأن التقييد مستفاد من تعليله اهـ.

أقول: وحيث كانت العلة الخوف وهو أيضاً منتف بسفينة التجار في زماننا المعروفة بالبابور فإن الغالب فيها السلامة، لأن التجار الآن لا تطمئن قلوبهم في إرسال أموالهم إلا بها بحراً، وإذا انتفت العلة تنفي المعلول. على أنا قدمنا ويأتي أن العبرة في حفظ الوديعة العرف، وحيث كان العرف كذلك فينبغي أن يقال لا فرق بين السفر بها براً أو بحراً في البابور، فتأمل وراجع. وقيد بالمودع لأن الأب أو الوصي إذا سافر بمال اليتيم لا يضمن إجماعاً، والوكيل بالبيع إذا سافر بما وكل ببيعه إن قيد الوكالة بمكان بأن قال له بعه

ولو لها حمل. درر (عند عدم نهي المالك و) عدم (الخوف عليها) بالإخراج؛ فلو

بالكوفة فأخرجها من الكوفة يصير ضامناً عندنا؛ وإن أطلق للوكالة مسافر به. إن كان شيء له حمل ومؤنة يكون ضامناً، وإن لم يكن له حمل ومؤنة لا يصير ضامناً عندنا إذا لم يكن له بد من السفر، وإن كان له بدّ من السفر لا يكون ضامناً عند أبي حنيفة طال الخروج أم قصر.

وقال أبو يوسف: إن طال الخروج يكون ضامناً، وإن قصر لا يكون ضامناً. كذا في فتاوى قاضيخان. ويأتي تمامه قريباً. قوله: (ولو لها حمل) فسره في الجوهرة بما يحتاج في حمله إلى ظهر أو أجرة حمال اهـ مكي.

وفي الهندية عن المضمرات: لو كانت طعاماً كثيراً فسافر بها فهلك الطعام فإنه يضمن استحساناً اهـ.

وذكر في المنح: ولا يضمن ولو كان الخروج طويلاً، ومؤنة الرد على المالك. قال في التبيين: وما يلزم الآمر من مؤنة الرد ضرورة صحة أمره فلا يعد ذلك إضراراً به اهـ.

قال الزيلعي: وقال محمد: لا يخرج بما له حمل ومؤنة اهـ. وجعله في العناية قول الثاني أيضاً. ثم قال: لكن قيل عند الثاني إذا كان بعيداً. وعند محمد: مطلقاً قريباً كان أو بعيداً اهـ. واستثنى في شرح القدوري الطعام الكثير فإنه يضمن إذا سافر به استحساناً، ونقله في البحر.

وفيه عن قاضيخان: للمودع أن يسافر بمال الوديعة إذا لم يكن له حمل ومؤنة.

وتعقب الحموي بأن ما في الخانية من اشتراط عدم الحمل والمؤنة مبني على قولهما، أما على قول أبي حنيفة فيسافر بها مطلقاً عند عدم النهي. قوله: (عند عدم نهي المالك وعدم الخوف عليها) قال: إذا لم يعين مكان الحفظ أو لم ينه عن الإخراج نصاً بل أمره بالحفظ مطلقاً فسافر بها: فإن كان الطريق مخوفاً فهلكت ضمن بالإجماع، وإن كان آمناً ولا حمل لها ولا مؤنة لا يضمن بالإجماع. وإن كان لها حمل ومؤنة: فإن كان المودع مضطراً في المسافرة بها لا يضمن بالإجماع، وإن كان له بدّ من المسافرة بها فلا ضمان عليه قربت المسافة أو بعدت. وعلى قول أبي يوسف: إن بعدت يضمن وإن قربت لا. هذا هو الملخص والمختار. وهذا كله إذا لم ينه عنها ولم يعين مكان الحفظ نصاً؛ وإن نهاه نصاً وعين مكانه فسافر بها وله منه بدّ ضمن. كذا في الفتاوى العتبية.

إن أمكنه حفظ الوديعة في المصر الذي أمره بالحفظ فيها مع السفر بأن يترك عبداً له في المصر المأمور به أو بعض من في عياله، فإذا سافر بها والحالة هذه ضمن، وإن لم يمكنه ذلك بأن لم يكن له عيال أو كان إلا أنه احتاج إلى نقل العيال فسافر فلا ضمان. كذا في

نهاه أو خافه، فإن له بد من السفر ضمن، وإلا فإن سافر بنفسه ضمن وبأهله لا. اختيار.

(ولو أودعا شيئاً) مثلياً أو قيمياً (لم) يجز أن (يدفع المودع إلى أحدهما حظه في

التاترخانية. هندية من الباب الثالث من كتاب الوديعة. قوله: (فإن له بد من السفر) هذا التفصيل في الصورتين كما أفاده الزيلعي وقد علمته من عبارة الهندية. قوله: (فإن سافر بنفسه ضمن) أي لو كان له أهل لم يسافروا معه لأن له بداً من السفر بها.

فرع من مستوجر لحفظ عين أو وكل ببيعها ليس له أن يسافر بها، وكذا إذا قيد الإيداع بمكان.

وفي المقدسي عن النسفي: للوكيل بالبيع أن يدفع العين إلى السمسار. قوله: (فإن سافر بنفسه ضمن وبأهله لا) لأنه يمكنه أن يحفظه بعياله، وقدمناه عن الهندية معزياً للتاترخانية.

والحاصل: أن عند أبي حنيفة له أن يسافر بها مطلقاً: أي سواء كان لها حمل ومؤنة أو لا، وسواء له بد من السفر أو لا، ولا فرق بين الطويل والقصير. وعندهما: ليس له السفر بها إذا كان لها حمل ومؤنة وطالت مدة السفر، وهذا الخلاف في خصوص ماله حمل ومؤنة مع طول مدة السفر، أما ما ليس له حمل ولا مؤنة ولم تطل مدة سفره فله السفر بها اتفاقاً عند عدم النهي والخوف. وكذا مع النهي والخوف أيضاً إن لم يكن له من السفر بد كما سبق. وفي خصوص ما إذا أمكنه الحفظ في المصر بأن كان بعض عياله ثمة ولم يحتج إلى نقلهم، أما لو لم يمكنه بأن لم يكن أو كان ولكن احتاج إلى نقلهم لا يضمن بالإجماع: وإن سافر بنفسه من غير عياله يضمن، وبه صرح في البحر عن الخانية كما يستفاد ذلك من أبي السعود، وهذا كله في سفر البر كما علمت. أما في البحر فليس له أن يسافر في قولهم جميعاً إلا على ما بحثه أبو السعود وأيدناه بما تقدم قريباً فلا تنسه. قوله: **(ولو أودعا شيئاً مثلياً أو قيمياً)** لكن عدم جواز الدفع في القيمي بإجماع، وفي المثلي خلاف الصاحبين فإنهما قالا بجواز دفع حظه له قياساً على الدين المشترك. وفرق أبو حنيفة بينهما بأن المودع لا يملك القسمة بينهما فكان تعدياً على ملك الغير، وفي الدين يطالبه بتسليم حقه إذ الديون تقضى بأمثالها فكان تصرفاً في مال نفسه كما في البحر. قوله: (لم يجز) قدره بناء على ما سيأتي من أنه لو دفع لم يضمن فلم يبق المراد بنفي الدفع إلا عدم الجواز، وسيأتي ما فيه.

وفي البحر: وأشار بقوله: (لم يدفع) إلى أنه لا يجوز له ذلك حتى لا يأمره القاضي بدفع نصيبه إليه في قول أبي حنيفة، وإلى أنه لو دفع إليه لا يكون قسمة اتفاقاً، حتى إذا هلك الباقي رجع صاحبه على الآخذ بحصته وإلى أن لأحدهما أن يأخذ حصته منها إذا ظفر بها اهـ.

قيمة صاحبه) ولو دفع هل يضمن؟ في الدرر نعم. وفي البحر: الاستحسان لا

قال المقدسي: قلنا: بل يطالبه بدفع حظ الغائب لأنه طلب المفرز وحقه مشاع، ولا يتميز إلا بالقسمة ولا يملكها، ولذا لا يقع دفعه قسمة، فلو هلك الباقي رجع صاحبه، وإذا لم يقع قسمة كان متعدياً في النصف فيضمن، وفي الدين يطالب بتسليم حقه لأن الديون يقضى بمثله فتصرف في ملكه ولا قسمة.

تتمة في أبي السعود: الغريم المديون أن يأخذ وديعته إن ظفر بها، وليس للمودع لدفع إليها شيئاً، وإذا مات المودع بلا وارث كان للمودع صرفها إلى نفسه إن كان من المصارف وإلا صرفها إلى المصرف اهـ. وعزاه إلى الحموي عن البزازية. قوله: (ولو دفع هل يضمن) أي نصيب الغائب وهو نصف المدفوع إن هلك الباقي في القسمة أو لا يضمن لأن لأحد الشريكين أن ينتفع بحصته في المثلي. قال بالأول الإمام، وبالثاني الصاحبان.

واعلم أنهم قالوا: إذا دفع لا يكون قسمة اتفاقاً، حتى إذا هلك الباقي رجع الغائب على الآخذ بحصته.

وفي الهندية: إذا دفع المودع إلى الحاضر نصفها ثم هلك ما بقي وحضر الغائب، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن كان الدفع بقضاء فلا ضمان على أحد، وإن كان بغير قضاء فإن الذي حضر اتبع الدافع بنصف ما دفع ويرجع به الدافع على القابض، وإن شاء أخذ من القابض نصف ما قبض: كذا في الذخيرة. فإن هلك ما في يد المودع هلك أمانة بالإجماع ينابيع. ولو هلك المقبوض في يد القابض فليس له أن يشاركه فيما بقي غاية البيان. فأفاد أن المودع لو دفع الكل لأحدهما بلا قضاء وضمنه الآخر حصته من ذلك فله الرجوع بما ضمنه على القابض، وهذا على قول أبي يوسف. قوله: (في الدرر نعم) أي يضمن، في فتاوى قاضيخان ما يفيده، ولفظه: ثلاثة أودعوا رجلاً مالاً وقالوا لا تدفع المال إلى أحد منا حتى نجتمع فدفع نصيب أحدهم. قال محمد: في القياس يكون ضامناً، وبه قال أبو حنيفة، وفي الاستحسان: لا يضمن، وهو قول أبي يوسف اهـ. فلو لم يقل لا تدفع حتى نجتمع هل يضمن بالدفع؟ أي بناء على الاستحسان الذي يأتي ذكره قريباً؟ ظاهر تقييدهم أنه لا يضمن إلا أن يأتيا بالوديعة حاملين لها وسلماها كذلك، أما إذا سلمها أحدهما بحضرة الآخر فظاهر أنه يدفع لمن سلمه وحضور الآخر لا يقتضي كونه مودعاً لجواز أن يكون شاهداً له ونحوه. كذا أفاده الحموي.

من مناقب الإمام، أن اثنين أودعا الحمامي شيئاً فخرج أحدهما وأخذ الوديعة وانصرف فخرج الآخر وطلبها منه فلم يجبه الحمامي واستمهله وانطلق إلى الإمام رحمه الله تعالى فأخبره فقال له قل له أنا لا أعطي الوديعة إلا لكما معاً فانصرف ولم يعد. تدمعي.

قوله: (وفي البحر الخ) أي في المثلي كالمثال الذي ذكره في البحر عن الخانية، أما في القيمي

فكان هو المختار

(فإن أودع رجل عند رجلين ما يقسم اقتسماه وحفظ كل نصفه) كمرتهنين ومستبضعين ووصيين وعدلي رهن ووكيلي شراء (ولو دفعه) أحدهما (إلى صاحبه ضمن) الدافع (بخلاف ما لا يقسم) لجواز حفظ أحدهما بإذن الآخر.

(ولو قال لا تدفع إلى عيالك أو احفظ في هذا البيت فدفعها إلى ما لابد منه أو

فيضمن اتفاقاً لأنه لا يقسم بدون حضور الشريك أو نائبه. قوله: (فكان هو المختار) تعقبه المقدسي فقال: كيف يكون هو المختار مع أن سائر المتون على قول الإمام. وقال الشيخ قاسم: اختار قول الإمام النسفي والمحبوبي والموصلي وصدر الشريعة. وقال المقدسي: وقول بعضهم عدم الضمان هو المختار مستدلاً بكونه الاستحسان مخالف لما عليه الأئمة الأعيان بل غالب المتون عليه متفقون. كذا في حاشية أبي السعود عن الحموي. قوله: (اقتسماه) أي الرجلان المودعان بفتح الدال وذكر الرجل استطرادي. قوله: (وحفظ كل) أي كل واحد منهما نصفه، لأنه لا يمكن الاجتماع على حفظها وحفظ كل واحد منهما النصف دلالة، والثابت بالدلالة كالثابت بالنص. قوله: (وعدلي رهن) أي العدلين اللذين وضع عندهما الرهن فهو بفتح العين تثنية عدل كذلك. فإنهما يقتسمان المثلي ويحفظ كل نصيبه، فإن دفع أحدهما نصيبه إلى الآخر ضمن ما دفع. قوله: (ووكيلي شراء) بأن دفع إليهما ألفاً يشتريان به عبداً اقتسما الألف، فإن دفع أحدهما نصفه ضمن الدافع، وأجمعوا أن المدفوع إليه لا يضمن لأنه مودع المودع. منحية قوله: (ضمن) أي النصف فقط. قوله: (الدافع) أي لا القابض لأنه مودع المودع. بحر. وهذا عند أبي حنيفة وقالا: لا يضمنان به. كذا أفاده مسكين، ومثله في الهداية، وقول أبي حنيفة أقيس، لأن رضاه بأمانة اثنين لا يكون رضاً بأمانة واحد. فإذا كان الحفظ مما يتأتى منهما عادة لا يصير راضياً بحفظ أحدهما للكل كما في البيانية. قوله: (بخلاف ما لا يقسم) فسر ما لا يقسم بالمكيلات والموزونات، ومثلهما كل ما لا يتعيب بالتقسيم، وما لا يقسم هو ما يتعيب بالتقسيم الحسي لعدم مكي.

قال السيد الحموي. وإذا لم تمكن القسمة فيما لا يقسم كان لهما التهايؤ في الحفظ. كذا في الخلاصة. فلو دفعه زائداً على زمن التهايؤ ينظر اهـ. قوله: (لجواز حفظ أحدهما بإذن الآخر) أقول: الصواب في التعليل أن يقول: لأنه لما أودعهما مع علمه بأنهما لا يجتمعان على حفظها دائماً كان راضياً بحفظ أحدهما. قوله: (فدفعها إلى ما لا بد منه) من عياله وغيرهم كدفع الدابة إلى عبده وما يحفظه النساء إلى عرسه. درر. وهذا إنما يظهر في صورة ما إذا منعه عن الدفع إلى بعض معين من عياله لا في النهي عن الدفع إلى العيال مطلقاً، ثم عدم الضمان فيما إذا دفع إلى بعض عياله وقد نهى عن الدفع إليه، محله إذا

حفظها في بيت آخر، من الدار، فإن كانت بيوت الدار مستوية في الحفظ) أو أحرز (لم يضمن،

كانت الوديعة مما يحفظ في يد من منعه. أما لو كانت لا تحفظ عنده عادة فنهاه عن الدفع إليه فدفع ضمن، كما لو كانت الوديعة فرساً فمنعه من دفعها إلى امرأته أو عقد جوهر فمنعه من دفعه إلى غلامه ودفع ضمن. أفاده الزيلعي.

ومن حوادث الفتوى: شرط على المودع الحفظ بنفسه فحفظ بزوجته هل يضمن للمخالفة أو لا؟ والذي يظهر من كلامهم عدم الضمان. حموي.

وأقول: ينبغي أن يقيد عدم الضمان بالدفع إلى الزوجة بما إذا كانت الوديعة نحو عقد، فلو كانت نحو فرس ضمن. أبو السعود.

تنبيه: قوله وإن كان له منه بد. هذه المسألة صادقة بصورتين:

الأولى أن تكون الوديعة شيئاً خفيفاً يمكن المودع الحفظ بنفسه كالخاتم فإنه يضمن بدفعه إلى عياله.

الثانية: أن يكون له عيال سوى من منعه من الدفع إليه. بحر.

فإن قلت: هذا إنما يتجه أن لو منعه من الدفع إلى بعض معين من عياله وهو خلاف ما يستفاد من قول المصنف: «ولو قال لا تدفع إلى عيالك».

قلت: مبنى هذا الإشكال ما هو المتبادر من أن قوله: «وإن كان له منه بد» مرتبط بقوله: «ولو قال لا تدفع إلى عيالك» وليس كذلك، ولهذا شرح العيني قول المصنف: أي الكنز وإن كان له منه بد بقوله بأن نهاه أن يدفعها إلى امرأته فلانة وله امرأة أخرى أو نهاه أن يسلمها إلى غلامه فلان وله غلام آخر فخالفه اهـ. قوله: (لم يضمن) لأنه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة شرطه لأن التقييد غير مفيد، لأن الدار حرز واحد بدليل أن السارق إذا أخذ من بيت من الدار فنقل إلى بيت آخر لم يقطع لعدم هتك الحرز، والحرز الواحد لا فائدة في تخصيص بعضه دون بعض، وما لا فائدة في تخصيصه في الأمر يسقط في الإيداع، كما لو قال احفظها بيمينك دون شمالك أو ضعها في يمين البيت دون يساره، وكما لو قال في كيسك هذا فوضعها في غيره أو في الصندوق، أو احفظ في الصندوق ولا تحفظ في البيت فحفظ بالبيت فإنه لا يضمن. لكن قد يفرق بين الحرز في السرقة والحرز في الوديعة، وذلك أن المعتبر في قطع السارق هتك الحرز وذلك لا يتفاوت باعتبار المحروزات، والمعتبر في ضمان المودع التقصير في الحفظ، ألا ترى أنه لو وضعها في داره الحصينة فخرج وكانت زوجته غير أمينة يضمن، ولو أخذ سرقها يقطع لأن الدار حرز وإنما ضمن للتقصير في الحفظ، ولو وضعها في الدار وخرج والباب مفتوح ولم يكن في الدار أحد أو في الحمام أو المسجد أو الطريق أو نحو ذلك وغاب يضمن مع أنه لا يقطع

وإلا ضمن لأن التقييد مفيد.

سارقها، ونظائر هذا كثيرة، فإذا اعتبرنا هنا الحرز المعتبر في السرقة لزم أن لا يضمن في هذه المسائل ونحوها، فيلزم مخالفة ما أطبقوا عليه في هذا الباب، فظهر يقيناً صحة ما قلنا من الفرق، والله تعالى أعلم.

قال في البزازية: ولو قال وضعتها بين يدي رقمت ونسيتها فضاعت يضمن. ولو قال وضعتها بين يدي في داري والمسألة بحالها إن مما لا يحفظ في عرصة الدار كصرة النقدين يضمن، ولو كان مما يعد عرصتها حصناً له لا يضمن اهـ. ومثله في الخلاصة والفصولين والذخيرة والخانية وغيرها. والظاهر أنه يجب كل شيء في حرز مثله، وفي السرقة يعتبر في ظاهر المذهب كل ما كان حرزاً لنوع فهو حرز لكل الأنواع. وعليه فقد ظهر الفرق بين الحرزين.

ففي السرقة يقطع بسرقة لؤلؤة من إصطبل، ولو كانت وديعة وضعها في الإصطبل وهلكت يضمن المودع، لأن الإصطبل ليس حرز مثلها، وبه ظهر جواب حادثة، وهي أن مودعاً وضع بقجة شال غالية الثمن في إصطبل فسرقت. والجواب أنه يضمن وإن قطع سارقها، والله تعالى أعلم. قوله: (وإلا ضمن) أي في المسألتين، وهي: دفعها إلى من لا بد منه، بأن دفعها إلى من له منه بد. أي انفكاك وفرقة. والثانية حفظها في بيت آخر والبيوت مستوية بأن حفظها في بيت والبيوت مختلفة. قال في البدائع: والأصل المحفوظ في هذا الباب ما ذكرنا أن كل شرط يمكن مراعاته ويفيد والعمل به ممكن فهو معتبر، وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد فهو هدر، وهنا إنما ضمن لأن التقييد مفيد كما قال الشارح، كما إذا ظهر البيت المنهي عنه إلى السكة كما في البحر. أي فإنه يضمن لأنه متعد لأن من العيال من لا يؤتمن على المال: أي فيما إذا نهاه عن الدفع إلى زوجته أو غلامه وللمودع زوجة أو غلام آخر واختلاف البيوت في الحفظ.

بقي لو أمره بالحفظ في دار فحفظ في دار أخرى، فالذي ذكره شيخ الإسلام الضمان وإن كانت الثانية أحرز.

والذي في شرح الطحاوي: إذا كانت الدار التي خبأها فيها والدار الأخرى في الحرز على السواء، أو كانت التي خبأها فيها أحرز فلا ضمان عليه سواء نهاه عن الخبء فيها أو لم ينهه. كذا في المحيط. ولو قال: احفظها في هذه البلدة ولا تحفظها في بلدة أخرى فحفظها في البلدة المنهية ضمن بالاتفاق اهـ. هندية. قوله: (لأن التقييد مفيد) أي والنهي عن الوضع في الدار الأخرى مفيد، لأن الدارين يختلفان في الأمن والحفظ فصح الشرط وأمكن العمل به. وأما البيتان في دار واحدة فقلما يختلفان في الحرز، فالتمكن من الأخذ من أحدهما يتمكن من الأخذ من الآخر فصار الشرط غير مفيد وتعذر العمل به

(ولا يضمن مودع المودع) فيضمن الأول فقط إن هلكت بعد مفارقته، وإن قبلها لا ضمان.

أيضاً فلا يعتبر، وكذا الصندوقان، فإن تعيين الصندوق في هذه الصورة لا يفيد، فإن الصندوقين في بيت واحد لا يتفاوتان ظاهر إلا أن يكون لهما: أي للبيت والصندوق خلل ظاهر فحينئذ يفيد الشرط ويضمن بالخلاف، وكذا لو كان البيت أو الصندوق المأمور بالحفظ فيه أحرز من المنهي عن الوضع فيه فحينئذ يضمن أيضاً كما بينا. وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده أنه يضمن بالحفظ المنهي عنه مطلقاً كما في الظهيرية، وعليه كلام الذخيرة كما علمته من كلام الهداية المار قريباً. قوله: (ولا يضمن مودع المودع) أي بالهلاك عنده، أما لو استهلكه ضمن، ومودع الغاصب لو رده على الغاصب برىء؛ كما أن غاصب الغاصب لو رد على الغاصب برىء كما سيذكره في الغصب ذكره الخير الرملي. قوله: (فيضمن الأول) إذا دفع إلى غير من في عياله بغير إذن ولا ضرورة كحرق. در منتقى. وإنما ضمن الأول لأنه ترك الحفظ دون الثاني لأنه أخذ المال من أمين ولم يترك الحفظ وهذا قول الإمام. وعندهما يضمن المالك أيهما شاء، فإن ضمن الأول لم يرجع على الثاني لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه، وإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة.

لهما أن الأول جنى بالتسليم إلى الثاني بغير إذن المالك، والثاني تعدى بالقبض بلا إذنه فيميل المالك إلى أيهما شاء. وللإمام أن الأول لا يضمن بالدفع إلى الثاني ما لم يفارقه لأن حفظه لا يفوت ما دام في مجلسه، والمالك إنما رضي بحفظه ورأيه لا بصورة يده بدليل أنها لو هلكت قبل أن يفارقه لا يضمن واحد منهما بالإجماع، فإذا فارق الأول الثاني ضمن لأنه صار مضيعاً، والثاني أمين استمر على الحالة الأولى ولم يوجد منه تعد ولم يكن متعدياً من الابتداء بالقبض فلا ينقلب متعدياً من غير إحداث فعل. زيلعي. وهنا ضمن في إيداع قصدي، لأنه لو كان ضمنياً قيل لا يضمن، كما لو دخل الحمام ووضع دراهم الوديعة مع ثيابه بين يدي الثياب قيل يضمن، لأنه إيداع المودع كما قدمناه عن جامع الفصولين معزياً للذخيرة. وفيه معزياً للمحيط: لا يضمن لأنه إيداع ضمني وإنما يضمن بإيداع قصدي اهـ.

ومن هذا القبيل ما في الدرر: أودع حر عبداً محجوراً فأودع المحجور محجوراً مثله وضاع المودع ضمن الأول فقط بعد العتق لأنه سلطه على إتلافه وشرط عليه الضمان فصح التسليط وبطل الشرط في حق المولى، ولا يضمن الثاني لأنه مودع المودع.

وصورة المسألة: أودع عند رجل وديعة فأودعها المودع عند شخص آخر من غير عياله فهلكت. مسكين. قوله: (لا ضمان) لأن حفظه لا يفوت ما دام في مجلسه الخ ولو

ولو قال المالك هلكت عند الثاني وقال بل ردها وهلكت عندي لم يصدق، وفي الغصب منه يصدق لأنه أمين. سراجية.

وفي المجتبى: القصار إذا غلط فدفع ثوب رجل لغيره فقطعه فكلاهما ضامن.

وعن محمد: أصاب الوديعة شيء فأمر المودع رجلاً ليعالجها فعطبت من ذلك، فلربها تضمين من شاء، لكن إن ضمن المعالج رجع على الأول إن لم يعلم

استهلك الثاني الوديعة ضمن بالاتفاق ولصاحب الوديعة أن يضمن الأول ويرجع على الثاني وأن يضمن الثاني ولا يرجع ط. قوله: (لم يصدق) لأنه يدعي زوال سبب الضمان بعد ثبوته والمالك ينكره فالقول للمالك بيمينه والبينة للمودع. قال في جامع الفصولين: لم يصدق لأنه أقر بوجوب الضمان عليه ثم ادعى البراءة فلا يصدق إلا ببينة اهـ. ووجوب الضمان عليه هنا كونه أودع عند الغير والإيداع إلى الغير موجب للضمان فلا يصدق في رفع الموجب. قوله: (وفي الغصب منه يصدق) يعني لو غصب الوديعة من المودع غاصب وهلكت فأراد المالك أن يضمن الغاصب فقال المودع رده علي وهلك عندي وقال لا بل هلك عنده فالقول قول المودع إذا لم يفعل المودع ما يوجب الضمان، فهو على ما كان أمين عند الرد وقبله وبعده، بخلاف دفعه للأجنبي لأنه موجب للضمان. سائحاني. قوله: (لأنه أمين) ولم يوجد منه تعدٍّ يوجب الضمان. قوله: (فكلاهما ضامن) أي كل من القصار وقاطع الثوب، وللمالك الخيار في تضمين أيهما شاء، فإن ضمن القصار رجع بما ضمنه على قاطع الثوب، وإن ضمن القاطع لا رجوع له على القصار.

ونظير هذه المسألة ذكره مؤيد زاده عن جامع الفصولين: لو دفع القصار إلى المالك ثوب غيره فأخذه على ظن أنه له ضمن والجهل فيه ليس بعذر.

طلب ثوبه من قصار فقال دفعت ثوبك إلى رجل ظننت أنه ثوبه ضمن القصار كثيابي حمام سلم إليه رجل ثيابه ليحفظها فقال الثيابي خرج رجل ولبس ثيابك فظننت أنها له اهـ. قوله: (فلربها تضمين من شاء) المودع لتعديه بما لم يؤمر به والمعالج لمباشرته سبب الهلاك ط. قوله: (رجع على الأول) في جامع الفصولين رامزاً للذخيرة: مرضت دابة الوديعة فأمر المودع إنساناً فعالجها ضمن المالك أيهما شاء، فلو ضمن المودع لا يرجع على المعالج ولو ضمن المعالج رجع على المودع علم أنها للغير أو لا، إلا إن قال المودع ليست لي ولم أومر بذلك فحينئذ لا يرجع اهـ. تأمل. ومثله في نور العين رامزاً للأسروشنية ومجموع النوازل. لكن قال في الهندية: فإن ضمن المودع لا يرجع على أحد، وإن ضمن المعالج: إن علم أنها ليست له لا يرجع عليه، وإن لم يعلم أنها لغيره أو ظنها رجع عليه، ومثله في القهستاني وهذا هو المناسب لما هنا. وأما ما ذكره في الفصولين واستظهره صاحب الغرر من انه يرجع وإن علم أن المودع غاصب في معالجة الوديعة بلا إذن

أنها لغيره، وإلا لم يرجع اهـ (بخلاف مودع الغاصب) فيضمن أيّاً شاء، وإذا ضمن

صاحبها. وما ذكره من قوله خلافاً لما نقله القهستاني الخ يوافق ما ذكره الشارح فيما لو عالج الوديعة بإذن المودع كما نبه عليه، فليتأمل. اللهم إلا أن يحمل قوله إلا إن علم: أي بإخبار المودع صراحة، بأن قال للمعالج ليست لي ولم أومر بذلك. وأما إذا لم يقل ذلك فلا يعد عالماً، وبه يحصل التوفيق بين كلام الشارح والهندية وبين الجامع ونور العين وإن لم أره مسطوراً في كلامهم، والله تعالى أعلم.

وأقول: خلاصة ما ذكرناه أن صاحب الدابة إذا ضمن من عالجها بأمر المودع فعطبت يرجع على المودع، إلا إذا قال المودع حين دفعها للمعالج ليست لي ولم أومر بذلك على ما في الفصولين. ومثله في نور العين عن الأسروشنية. وفي الهندية عن الجوهرة والشارح عن المجتبى أن صاحب الدابة إذا ضمن من عالجها فعطبت يرجع على المودع إن لم يعلم: أي المعالج أنها لغير المودع وإلا لم يرجع، وهذا الذي يعول عليه حيث صرح في صدر عبارته بالرواية عن الإمام عن محمد رحمه الله تعالى فلا يعدل عنه، والله تعالى أعلم. قوله: (بخلاف مودع الغاصب) قال في البحر: والفرق بينهما على قول أبي حنيفة أن مودع الغاصب غاصب لعدم إذن المالك ابتداء وبقاء، وفي الأول ليس بغاصب لأنه لا يضمن المودع بمجرد الدفع ما لم يفارقه، فإن فارقه صار مضيعاً لها وقت التفريق لترك الحفظ الملتزم بالعقد والقابض منه لم يكن متعدياً بالقبض بدليل عدم وجوب الضمان بالهلاك قبل أن يفارقه الأول، وبعد الافتراق لم يحدث فعلاً آخر بل هو مستمر على ذلك الفعل بل هو أمين فيه فلا يضمن ما لم يوجد منه تعدّ اهـ. قوله: (فيضمن أيّاً شاء) قال في شرح الزيادات: رجل غصب جارية فأودعها رجلاً فأبقت منه ثم استحقت كان له الخيار يضمن أيهما شاء، فإن ضمن الغاصب برىء المودع وكانت الجارية ملكاً للغاصب، وإن ضمن المودع كان للمودع أن يرجع على الغاصب بما ضمن لأنه عامل له وتصير الجارية بتقي تضمينه ملكاً للغاصب، حتى لو أعتقها الغاصب جاز ولو أعتقها المودع لا يجوز، ولو كانت محرماً من الغاصب عتقت عليه لا على المودع إذا ضمنها؛ لأن قرار الضمان على الغاصب لأن المودع وإن جاز تضمينه فله الرجوع بما ضمن على الغاصب والمودع لكونه عاملاً له فهو كوكيل الشراء.

ولو اختار المودع بعد تضمينه أخذها بعد عودها ولا يرجع على الغاصب لم يكن له ذلك، وإن هلكت في يده بعد العود من الإباق كانت أمانة وله الرجوع على الغاصب بما ضمن، وكذا إذا ذهبت عينها، وللمودع حبسها عن الغاصب حتى يعطيه ما ضمنه للمالك، فإذا هلكت بعد الحبس هلكت بالقيمة، وإن ذهبت عينها بعد الحبس لم يضمنها كالوكيل بالشراء لأن الفائت وصف وهو لا يقابله شيء، ولكن يتخير الغاصب إن شاء أخذها وأدى جميع القيمة، وإن شاء ترك كما في الوكيل بالشراء، ولو كان الغاصب أجرها

المودع رجع على الغاصب وإن علم فعلى الظاهر: درر. خلافاً لما نقله القهستاني والبرجندي وغيرهما، فتنبه.

(معه ألف ادعى رجلان كل منهما أنه له أودعه إياه فنكل) عن الحلف **(لهما،**

أو رهنها فهو والوديعة سواء، وإن آجرها أو وهبها، فإن ضمن الغاصب كان الملك له، وإن ضمن المستعير أو الموهوب له كان الملك لهما، لأنهما لا يستوجبان الرجوع على الغاصب لكان قرار الضمان عليهما فكان الملك لهما. ولو كان مكانهما مشتر ضمن سلمت الجارية له، وكذا غاصب الغاصب إذا ضمن ملكها لأنه لا يرجع على الأول فيعتق عليه لو كانت محرماً منه، وإن ضمن الأول ملكها فتعتق عليه لو كانت محرمه، ولو كانت أجنبية فللأول الرجوع بما ضمن على الثاني لأنه ملكها فيصير الثاني غاصباً ملك الأول، وكذا لو أبرأه المالك بعد التضمين أو وهبها له كان له الرجوع على الثاني، وإذا ضمن المالك الأول ولم يضمن الأول الثاني حتى ظهرت الجارية كانت ملكاً للأول، فإن قال أن أسلمها للثاني وأرجع عليه لم يكن له ذلك لأن الثاني قادر على رد العين فلا يجوز تضمينه، وإن رجع الأول على الثاني ثم ظهرت كانت للثاني اهـ. وتمام التفريعات فيه فليراجعه من رامه.

مَطْلَبٌ: مُودِعُ الغَاصِبِ لَو استَهلَكَهَا لا يَرجِعُ عَلَى الغَاصِبِ إذَا ضَمِنَهَا
وَإذَا ضَمِنَهَا الغَاصِبُ يَرجِعُ عَلَى المُودَعِ

قال المقدسي: قلت: فلو استهلكه مودع الغاصب فغرم الغاصب ينبغي أن يرجع، وإن غرم هو لا يرجع. قوله: (درر) وجزم به في البحر وأصله في التبيين. وعبارته: ثم مودع الغاصب إن لم يعلم أنه غصب رجع على الغاصب قولاً واحداً، وإن علم فكذلك في الظاهر.

وحكى أبو اليسر أنه لا يرجع، وإليه أشار شمس الأئمة. ذكره في النهاية. قوله: **(خلافاً لما نقله القهستاني الخ)** أي من أنه لا يرجع، وهو الموافق لما جزم به الشارح فيما لو عالج الوديعة بإذن المودع كما مر التنبيه عليه. وعبارة القهستاني: وإنما يرجع على الغاصب إذا لم يعلم أنه غصب كما في العمادية اهـ. قوله: (فتنبه) أشار بالتنبيه إلى ما حررناه قريباً.

أقول: والحاصل أن المودع لو دفع الوديعة إلى أجنبي بلا عذر فللمالك أن يضمنه فقط لا رجوع على الثاني إلا إذا استهلكها.

وعندهما: له أن يضمن أيا شاء، فإن ضمن الثاني رجع على الأول. وأجمعوا على ذلك في الغاصب مع مودعه فللمالك تضمين أي شاء، لكن إذا ضمن الثاني رجع على الأول بما ضمن إن لم يعلم أنها غصب كما في القهستاني عن العمادية. قوله: **(فنكل لهما)** أي أنكر، وليس لهما بينة.

فهو لهما وعليه ألف آخر بينهما) ولو حلف لأحدهما ونكل للآخر فالألف لمن نكل له.

(دفع إلى رجل ألفاً وقال ادفعها اليوم إلى فلان فلم يدفعها حتى ضاعت لم

وصور هذه المسألة ستة: أقر لهما نكل لهما حلف لهما أقر لأحدهما ونكل للآخر أو حلف نكل لأحدهما وحلف للآخر.

واعلم أنه إذا حلف لأحدهما لم يقض له حتى يحلفه الثاني ليكشف وجه القضاء، بخلاف ما لو أقر لأحدهما ليحكم له إذ الإقرار حجة بنفسه والنكول حجة بالقضاء، ولذا لو نكل فحلف بريء. مقدسي.

وفيه: ولو قال أودعنيها أحدكما فليس له الامتناع إن اصطلحا وليس عليه ضمان ولا استحلاف، فإن لم يصطلحا فلكل أن يستحلف كما تقدم، وتمام تفصيلها في الزيلعي. قوله: (فهو لهما) لعدم الأولوية وعليه ألف آخر لإقراره به أو لبذله إياه على اختلاف الأصلين ولأيهما بدأ القاضي بالتحليف جاز لتعذر الجمع بينهما أو عدم الأولوية.

والأولى عند التشاحن أن يقرع بينهما تطييباً لقلوبهما ونفياً لتهمة الميل، فإن نكل للأول لا يقضي به ليتكشف وجه القضاء هل هو لهما أو لأحدهما، ولا ضرر عليه في التأخير لأنه لا يقضي للمتقدم حتى يحلف للمتأخر. قوله: (ولو حلف لأحدهما) في التحليف للثاني يقول بالله ما هذه العين له ولا قيمتها لأنه لو أقر بها للأول ثبت الحق فيها فلا يفيد إقراره بها للثاني، فلو اقتصر على الأول لكان صادقاً. بحر. قوله: (فالألف لمن نكل له) دون الآخر لوجود الحجة في حقه دونه، ولو حلف لهما فلا شيء لهما لعدم الحجة. زيلعي. قوله: (دفع إلى رجل ألفاً وقال ادفعها اليوم الخ) أقول: ذكر في الخانية قولين في المسألة: إذا كان بعد الطلب قال مودع قال له رب الوديعة إذا جاء أخي فرد عليه الوديعة فلما طلب أخوه منه قال له المودع بعد ساعة أدفعها إليك فلما عاد إليه قال له هلكت لا يصدق لأنه متناقض ويكون ضامناً.

وقال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: إذا طلب المودع وقال اطلبها غداً فأعيد الطلب في الغد فقال قد ضاعت، روي عن أصحابنا أنه يسأل المودع متى ضاعت، إن قال ضاعت بعد إقراري لا يضمن، وإن قال كانت ضائعة وقت إقراري لا يقبل قوله لأنه متناقض ويكون ضامناً، لأن قوله اطلبها غداً إنما يكون للشيء القابل اهـ. وقدمنا الكلام عليه بأوضح من ذلك. قوله: (فلم يدفعها الخ) أي إذا لم يطلبها المأمور بدفعها إليه، أما لو طلبها فمنعها منه فهو كما لو منعها من مالكها، وقد تقدم الكلام فيه.

فرع في البزازية: له على رجل دين فأرسل الدائن إلى مديونه رجلاً ليقبضه فقال المديون دفعته إلى الرسول وقال: أي الرسول دفعته إلى الدائن وأنكره الدائن فالقول قول

يضمن) إذ لا يلزمه ذلك (كما لو قال له احمل إلي الوديعة فقال افعل ولم يفعل حتى مضى اليوم) وهلكت لم يضمن، لأن الواجب عليه التخلية: عمادية.

(قال) ربّ الوديعة (للمودع ادفع الوديعة إلى فلان فقال دفعت وكذبه) في الدفع (فلان وضاعت) الوديعة (صدق المودع مع يمينه) لأنه أمين. سراجية.

(قال) المودع ابتداء (لا أدري كيف ذهبت لا يضمن على الأصح، كما لو قال

بالرسول مع يمينه اهـ. لكن الذي في نور العين: القول للمرسل بيمينه، فتأمل. وفي البزازية أيضاً: قال الدائن ابعث الدين مع فلان فضاع من يد الرسول ضاع من المديون.

قوله: (احمل إلي) أي اليوم كما في الهندية، ويؤخذ من السباق واللحاق. قوله: (وضاعت) يعني غابت ولم تظهر ولا حاجة إليه. قوله: (صدق المودع مع يمينه) أي في براءة ذمته من الوديعة لا في إلزام المدفوع إليه. قوله: (لا يضمن على الأصح) مقتضاه أن الأجير المشترك لا يضمن، لكن أفتى الخير الرملي بالضمان في حاشية الفصولين حيث قال: وفي البزازية في متفرقات الإجارة من نوع في المتفرقات: دفع إلى المشترك ثوراً للرعي فقال لا أدري أين ذهب الثور فهو إقرار بالتضييع في زماننا اهـ. ولا يخفى أنه ليس مذهب أبي حنيفة، وانظر إلى قوله في زماننا اهـ. قوله: (بخلاف قوله لا أدري أضاعت أم لم تضع) هذا مخالف لما في جامع الفصولين ونور العين وغيرهما من أنه لا يضمن على الأصح، وهكذا رأيته في نسخة المتن، لكن لفظة «لا» ملحقة بين الأسطر وكأنها ساقطة من النسخ فنقلها الشارح هكذا، تنبه.

ثم نقل في العمادية بعدها: ولو قال لا أدري أضيعتها أم لم أضيع يضمن لأنه نسب الإضاعة إلى نفسه فكان ذلك تعدياً منه كما يأتي قريباً. قوله: (لا يضمن) أي إن كان للكرم أو للدار باب، وإلا لم يكن لهما باب يضمن. هندية عن المحيط.

وفي نور العين عن قاضيخان قال: وضعتها في داري فنسيت المكان لا يضمنه. ولو قال وضعتها في مكان حصين فنسيت الموضع ضمن لأنه جهل الأمانة كما لو مات مجهلاً.

صح: وقيل لا يضمن كقوله ذهبت ولا أدري كيف ذهبت، ولو قال دفنت في داري أو في موضع آخر ضمن، ولو لم يبين مكان الدفن ولكن قال سرقت من مكان دفنت فيه لم يضمن.

عده: لو دفنها في الأرض يبرأ لو جعل هنالك علامة، وإلا فلا. وفي المفازة ضمن مطلقاً. ولو دفنها في الكرم يبرأ لو حصيناً بأن كان له باب مغلق. ولو وضعها بلا دفن يبرأ لو موضعاً لا يدخل فيه أحد بلا إذن اهـ.

أقول: ولا تنس ما قدمناه من أنه إذا كان الموضع حرزاً لتلك الوديعة وإلا يضمن مطلقاً، ومن أن العبرة للعرف كما نقلناه عن البزازية، فتأمل.

ذهبت ولا أدري كيف ذهبت) فإن القول قوله، بخلاف قوله لا أدري أضاعت أم لم تضع أو لا أدري وضعتها أو دفنتها في داري أو موضع آخر فإنه يضمن؛ ولو لم يبين مكان الدفن لكنه قال سرقت من المكان المدفون فيه لا يضمن وتمامه في العمادية.

وفيه: ترجهب اللصوص نحوه في مفازة فدفنها حذراً فلما رجع لم يظفر بمحل دفنه، لو أمكنه أن يجعل فيه علامة ولم يجعل ضمن، وكذلك لو أمكنه العود قريباً بعد زوال الخوف فلم يعد ثم عاد ولم يجدها لا لو دفنها بإذن ربها

فظ: وضعها في زمان الفتنة في بيت خراب يضمن لو وضعها على الأرض لا لو دفنها اهـ.

وفي الهندية عن النوازل: إذا قال المودع سقطت الوديعة أو وقعت مني لا يضمن. ولو قال أسقطت أو تركتها يضمن.

قال الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله تعالى: لا يضمن في الوجهين، لأن المودع لا يضمن بالإسقاط إذا لم يترك الوديعة ولم يذهب، والفتوى عليه: كذا في الخلاصة: ولو قال: لا أدري أضاعت أو لم تضع لا يضمن. ولو قال لا أدري أضيعتها أم لم أضيع يضمن. كذا في الفصول العمادية اهـ. وقدمنا وجهه لأنه نسب الإضاعة إلى نفسه، فهذا وجه ما نقلناه، وهي مسألة أخرى، بخلاف قوله ذهبت ولا أدري كيف ذهبت وقوله أضاعت أم لم تضع الخ: فلا فرق بينهما لأن مؤدى العبارتين واحد كما لا يخفى على من تأمل، فتدبر.

قال في نور العين: ولو قال أسقطت أو تركتها ضمن كذا في ث. وطعنوا أن مجرد الإسقاط ليس بسبب ضمان، إذ لو أسقطها فرفعها ولم يبرح حتى هلكت يبرأ، فهو لا يضمن بمجرد قوله أسقطت، بل بشرط أن يقول أسقطت وتركت، أو أسقطت وذهبت أو أسقطت في الماء ونحوه، وقالوا في قوله سقطت أو وقعت ينبغي الضمان لو سقوط بتقصير في الشد أو في جعلها في محل لا يحفظها فيكون كإسقاط. وذكر أنه ينبغي أن لا يضمن بمجرد قوله أسقطت أو تركت، إذ لا يفرق العامة بين سقطت وأسقطت. ولو قال ضاعت فالقول له. ولو قال لم يذهب من مالي شيء لا يضمن. ولو قال ذهبت ولا أدري كيف ذهبت فالقول له بيمينه. ولو قال ابتداء لا أدري كيف ذهبت اختلف فيه المتأخرون، والأصح أنه لا يضمن اهـ.

أقول: لكن قدمنا عن العلامة الخير الرملي أنه أفتى بالضمان مطلقاً بناء تصحيح في زماننا فلا تنسه. وفيه: المودع لو سقط شيء من يده على الوديعة يضمن اهـ. وفيه: نام

فروع: هدد المودع أو الوصي على دفع بعض المال: إن خاف تلف نفسه أو عضوه فدفع لم يضمن، وإن خاف الحبس أو القيد ضمن. وإن خشي أخذ ماله كله فهو عذر كما لو كان الجائر هو الآخذ بنفسه فلا ضمان. عمادية.

خيف على الوديعة الفساد رفع الأمر للحاكم ليبيعه ولو لم يرفع حتى فسد فلا ضمان.

ووضعها تحت رأسه أو بجنبه يبرأ وكذا لو وضعه بين يديه في الصحيح قالوا يبرأ في الفصل الثاني لو نام قاعداً، ولو مضطجعاً ضمن في الحضر لا في السفر

عدة: يبرأ لو قاعداً لا لو واضعاً جنبه على الأرض، وفي السفر لا يضمن، ولو مضطجعاً جعل ثياب الوديعة تحت جنبه: لو قصد به السرقة ضمن لا لو التحفظ. ولو جعل الكيس تحت جنبه يبرأ مطلقاً.

جعل دراهم الوديعة في خفه ضمن في الأيمن لا في الأيسر لأنها في اليمين على شرف سقوط عند ركوبه، وقيل يبرأ مطلقاً، وكذا لو ربطها في طرف كمه أو عمامته، وكذا لو شدها في منديل ووضعه في كمه يبرأ، ولو ألقاها في جيبه ولم تقع فيه وهو يظن أنها وقعت فيه لا يضمن. خلاصة: فصل.

ولو دخل الحمام وهي في جيبه وتركه في الساكودة فسرق قيل يضمن. قاضيخان.

جعلها في جيبه وحضر مجلس فسق فضاعت بعدما سكر بسرقة أو سقوط أو نحوهما قيل لا يضمن لأنه حفظها في محل يحفظ مال نفسه؛ وقيل هذا إذا لم يزل عقله، أما إذا زال فلو بحيث لا يمكنه حفظ ماله يضمن لأنه عجز عن الحفظ بنفسه فيصير مضيعاً أو مودعاً غيره اهـ. قوله: (إن خاف الخ) ظاهر صنيعه أن المنظور إليه ما وقع عند المودع من خوف تلف نفسه أو عضوه أو حبسه أو أخذ ماله وإن كان التهديد مطلقاً أما إذا كان صريحاً بأحدها فالحكم ظاهر ط. قوله: (وإن خاف الحبس أو القيد) أو التجريس كما في الهندية. قوله: (وإن خشي أخذ ماله كله فهو عذر) لأنه يؤدي إلى تلف نفسه، بخلاف ما لو أبقى له قوت الكفاية

وفي الهندية: سلطان هدد المودع بإتلاف ماله إن لم يدفع إليه الوديعة ضمن إن بقي له قدر الكفاية، وإن أخذ كل ماله فهو معذور ولا ضمان عليه. كذا في خزانة المفتين. قال ط: ولم يبين ما المراد بقدر الكفاية هل كفاية يوم أو شهر أو العمر الغالب؟ فيحرر اهـ. والظاهر أن المراد بها هنا كفاية شهر أو يوم. قوله: (كما لو كان الجائر هو الآخذ بنفسه فلا ضمان) أي من غير تفصيل كما يؤخذ من المنح. قوله: (رفع الأمر للحاكم) أي على سبيل الأولوية. قوله: (ليبيعه) وإن لم يكن في البلد قاض باعها وحفظ ثمنها صيانة، ولو أنفق عليها بلا أمر قاض فهو متبرع، ولو لم ينفق عليها

ولو أنفق عليها بلا أمر قاض فهو متبرّع.

قرأ من مصحف الوديعة أو الرهن فهلك حالة القراءة لا ضمان، لأن له ولاية هذا التصرف. صيرفية. قال: وكذا لو وضع السراج على المنارة.

وفيها: أودع صكاً وعرف أداء بعض الحق ومات الطالب وأنكر الوارث الأداء حبس المودع الصك أبداً.

وفي الأشباه: لا يبرأ مديون الميت بدفع الدين إلى الوارث وعلى الميت دين.

المودع حتى هلكت يضمن لكن نفقتها على المودع. منلا علي عن حاوي الزاهدي.

وفي التاترخانية: غاب رب الوديعة ولا يدري أحيّ هو أو ميت يمسكها حتى يعلم موته ولا يتصدق بها، بخلاف اللقطة، وإن أنفق عليها بلا أمر القاضي فهو متطوع ويسأله القاضي البينة على كونها وديعة عنده وعلى كون المالك غائباً، فإن برهن، فلو مما يؤجر وينفق عليها من غلتها أمره به وإلا يأمره بالإنفاق يوماً أو يومين أو ثلاثة رجاء أن يحضر المالك لا أكثر بل يأمره بالبيع وإمساك الثمن، وإن أمره بالبيع ابتداء فلصاحبها الرجوع عليه به إذا حضر، لكن في الدابة يرجع بقدر القيمة لا بالزيادة، وفي العبد بالزيادة على القيمة بالغة ما بلغت؛ ولو اجتمع من ألبانها شيء كثير أو كانت أرضاً فأثمرت وخاف فساده فباعه بلا أمر القاضي، فلو في المصر أو في موضع يتوصل إلى القاضي قبل أن يفسد ذلك ضمن. قوله: (فهلك حالة القراءة) نص على المتوهم فلا ضمان بعدها بالأولى. قوله: (لأن له ولاية هذا التصرف) أي وهو القراءة، وسيأتي آخر العارية ما نصه: أما كتب العلم فينبغي أن يجوز النظر فيها إذا كانت لا تتضرر بالنظر والتقليب، ويكون كالاستظلال بالحائط والاستضاءة بالنار لاسيما إذا كان مودعاً وعادة الناس في ذلك المسامحة والمسامحة، والاحتياط عدم النظر إلا بأمر. قوله: (وكذا لو وضع السراج) أي سراج الوديعة على المنارة: أي من غير النور فإنه لا يضمن إذا تلف. قوله: (أودع صكاً) أي له، أما إذا كان لغيره وقد أودعه هو وجاء الذي له الصك يطلبه فلا يدفعه إليه وعليه الفتوى. منح. قوله: (وأنكر الوارث) أي وارث الطالب. قوله: (حبس المودع الصك) لما فيه من الإضرار، وقد تقدم نحو هذا في المصنف، ولعله محمول على ما إذا كان المكتوب عليه يقرّ به إذا عرض عليه، وإلا فمجرد الخط لا يثبت الحق، ثم ظاهر كلامه يعم ما لو أنكر الوارث لكونه لا يعلم الدفع. قوله: (أبداً) أن ما لم يقر الوارث بالأداء أي بما قبض مورثهم. قوله: (لا يبرأ مديون الميت بدفع الدين إلى الوارث) الظاهر أن يقيد عدم البراءة بما إذا كان الدين مستغرقاً لما دفعه أو لا، وسواء كان الوارث مؤتمناً أو لا، والظاهر أن يقيد عدم البراءة بما إذا كان الدين مستغرقاً لما دفعه والوارث غير مؤتمن، كما قيد بهما في المودع إذا دفع الوديعة للوارث. حموي. لكن قال في منية المفتي: إذا كان

ليس للسيد أخذ وديعة العبد.

العامل لغيره أمانة لا أجر له إلا الوصيّ والناظر

للميت وديعة عند إنسان وفي التركة دين فدفع المودع الوديعة إلى الوارث بغير أمر القاضي يضمن.

في يده ألف وديعة لرجل مات وعليه ألف درهم دين معروف أنه عليه وترك ابناً معروفاً فقضى المستودع الألف للغريم لم يضمن؛ لأنه دفعه إلى من له الحق وهو غريم الميت، وليس للابن ميراث حتى يقضي الدين ا هـ.

أقول: ولعل عدم البراءة بدفع الدين إلى الوارث ديانة. قال في الفوائد الزينية: ولو قضى المودع بها دين المودع ضمن على الصحيح، فتأمل وراجع.

فرع قال بعت الوديعة وقبضت ثمنها لا يضمن ما لم يقل دفعتها للمشتري. شرح تحفة الأقران.

وفي منية المفتي: لرجل على آخر دين فقضاه فمنعه ظلماً فمات صاحب الدين فالخصومة في الظلم بالمنع للميت وفي الدين للوارث هو المختار.

وفيها: ومن أخذ من السلطان مالاً حراماً فحق الخصومة في الآخرة لصاحب الحق مع السلطان ومع القابض إن لم يخلطه السلطان وبعد الخلط يكون مع السلطان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. قوله: (ليس للسيد أخذ وديعة العبد) أي ولو غير مأذون لاحتمال أنه مال الغير إلا إذا أقام السيد بينة على أنه ماله وقد سلف.

وفي البزازية: الرقيق إذا اكتسب واشترى شيئاً من كسبه وأودعه وهلك عند المودع فإنه يضمنه لكونه مال المولى مع أن للعبد يداً معتبرة، حتى لو أودع شيئاً وغاب فليس للمولى أخذه انتهى. هذا إذا لم يعلم أن الوديعة كسب العبد أو ماله، أما إذا علم ذلك فله حق الأخذ بلا حضور العبد كما نقله في البزازية عن الذخيرة، وقد تقدم ذلك. قوله: (العامل لغيره أمانة لا أجر له إلا الوصي) أي وصي القاضي وقد نصبه بأجر، وأما وصي الميت فلا يستحق الأجر كما في الأشباه من فن الجمع. والفرق في الكلام على أجر المثل نقلاً عن القنية. وقد علل الولوالجي عدم صحة الأجر له، ولو جعله المتوفى له لينفذ له وصاياه بأنه بقبول الوصية صار العمل واجباً عليه والاستئجار على هذا لا يجوز انتهى.

قال العلامة الخير الرملي: ولا يخفى أن وصي الميت إذا امتنع عن القيام بالوصية إلا بأجر في مقابلة عمله لا يجبر على العمل لأنه متبرع، ولا جبر على المتبرع. وإذا رأى القاضي أن يعمل له أجرة على عمله وكانت أجرة المثل فما المانع قياساً واستحساناً، وهي واقعة الفتوى، وقد أفتيت به مراراً، ولا ينافيه ما في الولوالجية كما هو ظاهر لأن الموضوع مختلف كما يظهر بأدنى تأمل ا هـ.

إذا عملا.

قلت: فعلم منه أن لا أجر للناظر في المسقف إذا أحيل عليه المستحقون، فليحفظ، وفي الوهبانية: [الطويل]

وَدَافِعُ أَلْفٍ مُقْرِضاً وَمُقَارِضاً وَرِبْحُ الْقِرَاضِ الشَّرْطُ جَازَ وَيُحْذَرُ

أقول: إنما كان الموضوع مختلفاً لأن موضوع مسألة الولوالجي في وجوب العمل بقبول الوصية وموضوع ما ذكره في عدم الجبر على العمل وهو لا ينافي الوجوب، لكن قال الطحطاوي: وفيه تأمل، إذ بعد القبول لا يقال إنه متبرع.

والحاصل: أن وصي الميت لا أجر له إلا إذا كان محتاجاً فله الأكل من مال اليتيم بقدر عمله، وللقاضي أن يفرض له ذلك، لكن للمستقبل لا لما مضى لشروعه فيه متبرعاً. وأما وصي القاضي، فإن كان محتاجاً فكذلك، وإلا فإن نصبه القاضي وجعل له أجرة المثل جاز، وكذا إذا امتنع بعد النصب عن العمل حتى يجعل له أجرة لأن وصايته غير لازمة، لأن له أن يعزل نفسه فله أن يمتنع عن المضي في العمل إلا بأجر، وتمام الكلام على ذلك في باب الوصي آخر الكتاب فراجعه إن شئت. قوله: (إذا عملا) فيستحقان أجرة المثل. أشباه.

قال في القنية: إذا عين القاضي له أجراً فهو له، وإلا فلا، وذكر أن له أجرة مثله ولو لم يعينه القاضي، وتقدم ذلك في كتاب الوقف، وذكره في الوصايا. قوله: (قلت) القول لصاحب الأشباه. قوله: (فعلم منه أن لا أجر للناظر الخ) أي من قوله: (إذا عملا) أي إلا إذا كان مشروطاً من جهة الواقف. أفاده أبو السعود. ووجه العلم أنه لاعمل حينئذ ط.

والحاصل: أن الواقف إن عين للناظر شيئاً فهو له كثيراً كان أو قليلاً على حسب ما شرطه عمل أو لم يعمل حيث لم يشترطه في مقابلة العمل، وإن لم يعين له الواقف وعين له القاضي أجرة مثله جاز، وإن عين أكثر يمنع عنه الزائد عن أجرة المثل. هذا إن عمل، وإن لم يعمل لا يستحق أجرة، وبمثله صرح في الأشباه في كتاب الدعوى. وإن نصبه القاضي ولم يعين له شيئاً، ينظر، إن كان المعهود أن لا يعمل إلا بأجرة المثل فله أجرة المثل، لأن المعهود كالمشروط وإلا فلا شيء له، وبيان تفصيل ذلك مع أدلته في كتاب الوقف فارجع إليه.

قوله: (ودافع ألف مقرضاً ومقارضاً) قال ابن الشحنة: مسألة البيت من البدائع. قال: ولو قال خذ هذه الألف على أن نصفها عليك قرض على أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة على أن ربح لي فهذا مكروه لأنه شرط لنفسه منفعة في مقابلة القرض، وقد نهى رسول الله ﷺ عن قرض جرّ نفعاً، فإن عمل هذا وربح فالربح بينهما نصفان، لأن المضارب ملك نصف المال بالقرض فكان نصف الربح له والنصف الآخر بضاعة في يده فربحه لرب المال. قوله: (وربح القراض) أي لرب المال خاصة. قوله: (الشرط جاز) ويعمل النصف بضاعة وتمامه

وَإِنْ يَدَّعِي ذُو المَالِ قَرْضاً وَخَصْمُهُ ... بِرِضًى فَرَبُّ المَالِ قَدْ قِيلَ أَجْدَرُ
وَفِي العَكْسِ بَعْدَ الرِّبْحِ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ ... كَذَلِكَ فِي الإِبْضَاعِ مَا يَتَغَيَّرُ
وَإِنْ قَالَ قَدْ ضَاعَتْ مِنَ البَيْتِ وَحْدَهَا ... يَصِحُّ وَيُسْتَغْرَبُ فَقَدْ يُتَصَوَّرُ
وَتَارِكُ فِي قَوْمٍ لِأَمْرٍ صَحِيفَةً ... .

النصف القرض للمستقرض، لأن المضاربة لما فسدت باشتراط كل الربح لرب المال صارت بضاعة. قوله: (ويجاب) للنهي عن قرض جر نفعاً. وإذا علم صحة الشرط فالربح الحاصل من الألف لهما والخسران عليهما لأنهما شريكان في الألف. قوله: (وإن يدعي ذو المال قرضاً وخصمه إلى آخر البيتين) قال الشارح: قد اشتمل البيتان على ثلاث مسائل: الأولى من الظهيرية: لو قال المضارب دفعته إلي مضاربة وقال رب المال دفعته إليك قرضاً فالقول قول رب المال، ومع ذلك لو هلك المال قبل التصرف لا ضمان على ذي اليد لاتفاقهما على قول المالك دفعت فإنها لا تفيد ضماناً قبل التصرف وضمن بعده: وإن أقاما بينة لرب المال فيكون كل من القول والبينة لرب المال. وفي النهاية وشرح التحرير أن القول قول المضارب والبينة على رب المال. قوله: (فرب المال قد قيل أجدر) أي بقبول قوله وإن هلك المال، فإن كان قبل العمل فلا ضمان عليه لاتفاقهما على لفظ الدفع كما تقدم. قوله: (وفي العكس) وهذه المسألة الثانية من الظهيرية أيضاً، وهي عكس الأولى. إذا قال المضارب بعد ما تصرف وربح أقرضتني هذا المال والربح كله لي وقال رب المال دفعته إليك مضاربة بالثلث أو قال دفعته إليك بضاعة أو قال مضاربة ولم أسم ربحاً أو بربح مائة درهم فالقول في ذلك قول رب المال وعلى المضارب البينة. وفي دعوى البضاعة الربح لرب المال، وفيما إذا لم يسم فالربح لرب المال وللمضارب أجر المثل، وإن أقام البينة فالبينة للعامل، وإن اختلفا قبل الربح يرد المال إلى مالكه لعدم لزوم العقد. قوله: (كذلك في الإبضاع) بأن قال رب المال دفعته بضاعة والمضارب يدعي القرض فالقول لرب المال. ولو ادعى المضاربة ورب المال الغصب وضاع المال قبل العمل فلا ضمان، وإن بعد العمل فهو ضامن؛ وإن أقاما بينة فالبينة للمضارب في الوجهين، وهذه هي المسألة الثالثة. قوله: (ما يتغير) أي الحكم في هذه الصورة، وقد قدمنا الكلام على هذين البيتين آخر كتاب المضاربة. قوله: (وإن قال قد ضاعت من البيت وحدها) مسألة البيت من الواقعات وقد ذكرناها في هذا الباب، وهي المودع إذا قال ذهبت الوديعة من منزلي ولم يذهب من مالي شيء قبل قوله مع يمينه كما في الهندية والكافي وجامع الفصولين ونور العين وغيرها. قوله: (فقد يتصور) بأن يعجل السارق أو تكون هي المقصودة، ومعنى يصح يصدق. قوله: (وتارك) بغير تنوين. قوله: (لأمر) متعلق بتارك أو بصحيفة والصحيفة مثال، وهي قطعة من جلد أو قرطاس كتب فيه، وقدمنا ذكر هذه المسألة. وذكر شارحها العلامة ابن الشحنة أن مسألة البيت من قاضيخان قال: قوم جلوس في مكان فقام واحد منهم وترك كتابه ثم قام الباقون معاً فهلك الكتاب ضمنوا جميعاً، لأنه

.... فراحوا وزاحت يضمن المتأخر
وتاركُ نشرِ الصوف صيفاً فعثَّ لم يضمن وقرضُ الفأرِ بالعكس يؤثرُ

الأول لما ترك الكتاب عندهم فقد استحفظهم، فإذا قاموا وتركوا الكتاب فقد تركوا الحفظ الملتزم فيضمنوا جميعاً، وإن قام القوم واحداً بعد واحد كان الضمان على آخرهم لأن الآخر تعين للحفظ فتعين للضمان. قال المصنف: وهذا ليس خاصاً بالصحيفة بل يجري في غيرها أيضاً. قال ط: وينبغي تقييد هذا الفرع بما لا يقسم فإنه إذا كان مما يقسم يكون القائم أولاً مفرطاً بعدم قسمة المودع لحفظه اهـ. قوله: (يضمن المتأخر) لتعينه للحفظ فتعين للضمان اهـ عبد البر، ومفهومه أنهم إذا قاموا جملة ضمنوا جميعاً، وبه صرح قاضيخان. ويظهر لي أن كل ما لا يقسم كذلك. سائحاني. قوله: (وتارك نشر الصوف صيفاً الخ) قد اشتمل البيتان على مسألتين من الظهيرية.

قال في كتاب الوديعة: إذا أفسدها الفأر وقد اطلع المودع على ثقب معروف، إن كان أخبر صاحب الوديعة أن ها هنا ثقب الفأر فلا ضمان، وإن لم يخبره بعد ما اطلع عليه ولم يسده ضمن، وهي المسألة الثانية.

والأولى ما قال في الظهيرية عن السيد الإمام أبي القاسم أن الإنسان إذا استودع عنده ما يقع فيه السوس في زمان الصيف فلم يبردها في الهواء حتى وقع السوس وفسد لا يضمن. وهذا علم من صورة النظم إلا أنه يعلم من ذلك الحكم في نظيره. انتهى ما ذكره ابن الشحنة.

قال في الهندية: الوديعة إذا أفسدتها الفأرة وقد اطلع المودع على ثقب الفأرة، إن أخبر صاحبها أن ها هنا ثقب الفأرة لا ضمان عليه، وإن لم يخبر بعد ما اطلع عليه ولم يسده يضمن. كذا في الفصول العمادية. وذكر بعدها عبارة الظهيرية. ثم قال: وفي فتاوى أبي الليث: إذا كانت الوديعة شيئاً يخاف عليه الفساد وصاحب الوديعة غائب: فإن رفع الأمر إلى القاضي حتى يبيعه جاز وهو الأولى، وإن لم يرفع حتى فسدت لا ضمان عليه لأنه حفظ الوديعة على ما أمر به. كذا في المحيط. وإن لم يكن في البلد قاض باعها وحفظ ثمنها لصاحبها. كذا في السراج الوهاج انتهى. قوله: (فعث) العث بالمثلثة: السوس أو الأرضة وهي دويبة تأكل الصوف. قوله: (لم يضمن) لأنه حفظ الوديعة كما أمر به. محيط. ويضمن بتشديد الميم. قوله: (وقرض الفأر) الحاصل أنه إذا أودعه الوديعة فوضعها في محل لا ثقب فيه فقرضها الفأر أو أحرقتها النار أو أصابها بخس بالباء الموحدة بالتحتية ثم الخاء المعجمة أي نقص، أو أصابها نخس بالنون ثم الخاء: أي ثقب متسع فلا ضمان عليه. وأما إذا كان في المكان الموضوع فيه الوديعة ثقب قد اطلع عليه المودع: إن أخبر صاحبها به فلا ضمان عليه، وإن لم يخبره ولم يسده يضمن. أفاده صاحب الهندية. قوله: (بالعكس يؤثر) أي بالخلاف. قوله:

إِذَا لَمْ يُسَدَّ الثُّقْبُ مِنْ بَعْدِ عِلْمِهِ ... وَلَمْ يَعْلَمِ الْمُلَّاكُ مَا جِيءَ تُنْحَرُ

قلت: يعني لو سده مرة ففتحه الفأر وأفسده لم يذكر، وينبغي تفصيله كما مر، فتدبر.

(ولم يعلم) الواو بمعنى أو، فينتفي عنه الضمان بسده أو بإعلام المالك به وإن لم يسده، لأن المالك حينئذ رضي بوضعه فيه على هذا الحال ويعلم بضم الياء. قوله: (وينبغي تفصيله) البحث للطرسوسي حيث قال: وينبغي أن يكون فيها التفصيل لأن الأمر دائر بين الإعلام للمودع أو السد بدونه وهو موجود أو ارتضاه. عبد البر وأقره الشرنبلالي.

تتمة في ضمان المودع بالكسر في قاضيخان: مودع جعل في ثياب الوديعة ثوباً لنفسه فدفعها إلى ربها ونسي ثوبه فيها فضاع عنده ضمن لأنه أخذ ثوب الغير بلا إذنه والجهل فيه لا يكون عذراً.

قال في نور العين: ينبغي أن تقيد المسألة بما لو كان غير عالم ثم علم بذلك وضاع عنده وإلا فلا سبب للضمان أصلاً، فالظاهر أن قوله والجهل فيه لا يكون عذراً ليس على إطلاقه، والله تعالى أعلم اهـ ملخصاً.

قال في السراجية: مؤنة الرد على المالك لا على المودع، وإن نقلها في بلده من محلة فمؤنة الرد على صاحبها بالاتفاق، وكذا إذا سافر فيما يجوز له السفر بها تكون الأجرة على المالك سراج: أي أجرة الرد كما يؤخذ من سابقه.

قال ط: وانظر مؤنة حمله للإخراج هل هي على المودع أو المالك؟

فروع ندت بقرة من الباقورة وترك الراعي اتباعها فهو في سعة من ذلك ولا ضمان عليه فيما ندت بالإجماع إن كان الراعي خاصاً، وإن كان مشتركاً فكذلك عند أبي حنيفة. وعندهما يضمن. وإنما لا يضمن عنده وإن ترك الحفظ فيما ندت لأن الأمين إنما يضمن بترك الحفظ إذا ترك بغير عذر، أما إذا ترك بعذر فإنه لا يضمن، كما لو دفع الوديعة لأجنبي حالة الحريق فإنه لا يضمن وإن ترك الحفظ لأنه ترك بعذر، كذا هنا، وإنما ترك الحفظ بعذر كي لا يضيع الباقي. وعندهما يضمن لأنه ترك بعذر يمكن الاحتراز عنه.

قال صاحب الذخيرة: ورأيت في بعض النسخ: لا ضمان عليه فيما ندت إذا لم يجد من يبعثه ليردها أو يبعثه ليخبر صاحبها بذلك، وكذلك لو تفرقت فرقاً ولم يقدر على اتباع الكل فاتبع البعض وترك البعض لا يضمن. لأنه ترك حفظ البعض بعذر. وعندهما: يضمن لأنه يمكن الاحتراز عنه. عمادية من ضمان الراعي.

وفي فتاوى أبي الليث: مكار حمل كرابيس إنسان فاستقبله اللصوص فطرح الكرابيس وذهب بالحمار قال: إن كان لا يمكنه التخلص منهم بالحمار والكرابيس وكان

. . . .

يعلم أنه لو حمله أخذ اللصوص الحمار والكرابيس فلا ضمان عليه لأنه لم يترك الحفظ مع القدرة عليه.

طرح الأمانة في السفينة وسبح في البحر خوفاً من الأسر والقتل لا يضمن.

في جامع الفصولين في ضمان الأجير المشترك رامزاً للذخيرة: قرية عادتهم أن البقار إذا أدخل السرح في السكك يرسل كل بقرة في سكة ربها ولا يسلمها إليه ففعل الراعي كذلك فضاعت بقرة، قيل يبرأ إذ المعروف كالمشروط، وقيل لو لم يعد ذلك خلافاً يبرأ اهـ. والظاهر أن القولين متقاربان إن لم يكونا بمعنى واحد، لأن ذلك إنما كان معروفاً لا يعد خلافاً لأنه يكون مأذوناً به عادة، وقدمنا نحو هذه المسألة، وهو ما لو أرسل الوكيل بالبيع الثمن إلى الموكل مع المكاري ونحوه مما جرت به العادة فإنه لا يضمن، وبه أفتى الخير الرملي لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، ولا فرق بين أن تتلف أو تضيع أو يأكلها الذئب إلا إذا نهاه ربها عنه.

قال الرملي: ومثله الشريك والمزارع أيضاً مثله وهو كالمودع وهذا إذا كانت العادة مطردة، أما إذا لم تكن كذلك فلا شبهة في الضمان في صورة الضياع أو أكل الذئب تبه، وهذا أيضاً إذا لم يخش عليها، أما إذا خشي بأن كان على أهل القرية أعداء يقصدون نهب أموالهم أو إتلافها أو كانت كثيرة اللصوص فلا شبهة في الضمان فاعلم ذلك، والله تعالى أعلم اهـ.

رجل استعار دابة فنام في المفازة ومقودها في يده فجاء السارق وقطع المقود بالدابة لا يضمن المستعير لأنه لم يترك الحفظ، ولو أن السارق مد المقود من يده وذهب بالدابة ولم يعلم به المستعير كان ضامناً؛ لأنه إذا نام على وجه يمكن مد المقود من يده وهو لا يعلم به يكون مضيعاً. فإذا نام جالساً لا يضمن على كل لأنه لو نام جالساً ولم يكن المقود في يده ولكن الدابة تكون بين يديه لا يضمن فها هنا لا يضمن أولى اهـ.

وفي البزازية من الوديعة: جعل الدابة الوديعة في كرم غير رفيع الحائط أو لم يكن له حائط يحظر، إن نام المودع ووضع جنبه على الأرض ضمن إذا ضاعت الوديعة، وإن قاعداً لا يضمن، وإن في السفر لا يضمن وإن نام مضطجعاً اهـ. ومثله في الذخيرة وعدة الفتاوى والعمادية. وفي البزازية أيضاً في العارية ذكر ما ذكر في الخانية قائلاً. وهذا لا يناقض ما مر، إذ نوم المضطجع في السفر ليس بترك للحفظ لأن ذا في نفس النوم وهذا في أمر زاد على النوم اهـ.

كل أمين ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقها قبل قوله كالمودع إذا ادعى الرد. أشباه. ومثله ما تقدم متناً.

. . . .

المودع أو المستعير أو المضارب أو المستبضع أو المساوم أو المستأجر أو الأب في مال ابنه الصغير أو الوكيل أو الرسول أو القاضي أو أمين القاضي أو المحضر أو أمير العسكر أو المتولي أو القيم أو الدلال أو السمسار أو المباع أو المرتهن أو العدل أو الملتقط أو آخذ الآبق أو الشريك أو الحاج عن الغير أو الأجير الخاص أو المشترك أو المرتهن أو نحوها إذا ادعى الهلاك بغير تعدّ أو ادعى الرد إلى صاحبها يصدق مع يمينه لأن كل واحد منهم أمين والقول قول الأمين مع اليمين، إن لم يكن له بينة على الرد أو الهلاك، وإن كان له بينة فلا يمين عليه وإنما طلبت البينة لدفع اليمين عنه.

فالحاصل: أن من تكون العين في يده أمانة إذا ادعى ردها إلى صاحبها أو ادعى الموت أو الهلاك يصدق مع يمينه بالاتفاق وهذا في الرهن قبل قبضه، وما بعد قبضه فالقول للراهن كما سيأتي. سائحاني.

حوّل الأجنبي الوديعة عن محلها ثم ردها ثم هلكت ضمن. قاضيخان.

دفع إلى آخر قناً مقيداً بسلسلة وقال اذهب به إلى بيتك مع هذه السلسلة فذهب به بلا سلسلة فأبق القن لم يضمن إذا أمر بشيئين وقد أتى بأحدهما. فصولين.

أقول: أي أمر بالذهاب بالقن وأمر بالذهاب بالسلسلة فلا يضمن القن.

وأقول: المتبادر من كلامه أن يكون القن مصحوباً بها أي مسلسلاً فكأنه قال اذهب به مسلسلاً فهو مأمور بالذهاب به مسلسلاً فالمأمور به واحد موصوف فينبغي الضمان. تأمل رملي.

بعثه إلى ماشية فركب المبعوث دابة الباعث بريء لو بينهما انبساط في مثل ذلك وإلا ضمن. فصولين.

وفيه دفع بعيره إلى رجل ليكريه ويشتري له شيئاً بكرائه فعمي البعير فباعه وأخذ ثمنه فهلك، ولو كان في موضع يقدر على الرفع للقاضي أو يستطيع إمساكه أو رده مع العمى ضمن قيمته، وإلا بريء.

أعاره حماره وقال خذ عذاره وسقه كذلك ولا تخل عنه فإنه لا يستمسك إلا هكذا فقال نعم فلما مضت ساعة خلى عذاره فأسرع في المشي فسقط ضمن إذ خالف شرطاً مفيداً فغصبه.

أعطاه درهماً لينقده فغمزه فانكسر بريء لو أمره بغمزه وإلا ضمن، وكذا لو أراه قوساً فمده فانكسر فهو على هذا اهـ.

وفيه معزياً إلى فوائد صاحب المحيط. قال له بعت دمي منك بفلس أو بألف فقتله الآخر يقاد، لا لو قال اقتلني فقتله لأنه إطلاق تأورث شبهة، وهو هدر في أصح

- -

الروايتين عند أبي حنيفة، وتجب الدية في ماله في رواية. ولو قال اقطع يدي أو رجلي أو اقلع ثنيتي ففعل لم يجب شيء بالإجماع إذ الأطراف كأموال فيصح الأمر.

وقعت ببخارى واقعة وهي: رجل قال لآخر ارم السهم إليّ حتى آخذه فرمى السهم إليه بأمره فأصاب عينه فذهبت، قال قاضيخان: لم يضمن، كما لو قال له اجن عليّ فجنى عليه لا يضمن. وهكذا أفتى بعض المشايخ به، وقاسوا على ما لو قال اقطع يدي الخ. وقال صاحب المحيط: الكلام في وجوب القود، أما لا شك أنه تجب الدية في ماله إذ ذكر في الكتاب: لو تضاربا بالوكز: أي اللكز، يقال له بالفارسية مشت زدن فذهبت عين أحدهما يجب القصاص إذا أمكن لأنه عمد.

ص: وإن قال كل واحد منهما للآخر ده ده، وكذا لو بارزا في خانقاه على وجه التعليم أو الملاعبة فأصابت الخشبة عينه فذهبت يقاد لو أمكن اهـ.

قال في مجمع الفتاوى: ولو قال كل واحد منهما لصاحبه ده ده ووكز كل منهما صاحبه وكسر منه فلا شيء عليه، بمنزلة ما لو قال اقطع يدي فقطعها. قاضيخان اهـ.

والذي ظهر لي في وجه ما ذكر في الكتاب أنه ليس من لازم قوله ده ده رضاه عينه لاحتمال السلامة مع الضربة بالوكزة كاحتماله مع رمي السهم، فلم يكن قوله ارم السهم إليّ وقوله ده ده صريحاً في إتلاف عضوه، بخلاف قوله اقطع يدي أو اجن عليّ فلم يصح قياس الواقعة عليه. والمصرح به أن الأطراف كالأموال يصح الأمر فيها، وكأن في المسألة قولين. تأمل.

في جامع الفصولين رامزاً إلى كتاب الفتاوى والبينات لصاحب المحيط: دفع ثوبه إلى دلال ليبيعه فساومه رب حانوت بثمن معلوم وقال أحضر رب الثوب لأعطيه الثمن فذهب وعاد فلم يوجد الثوب في الحانوت ورب الحانوت يقول أنت أخذته وهو يقول ما أخذته بل تركته عندك صدق الدلال مع يمينه لأنه أمين. وأما رب الحانوت فلو اتفقا على أنه أخذه رب الحانوت ليشتريه بما سمى من الثمن فقد دخل في ضمانه فلا يبرأ بمجرد دعواه فيضمن قيمته، ولو لم يتفقا على ثمن لم يضمن إذ المقبوض على سوم الشراء إنما يضمن لو اتفقا على ثمنه. قنية.

لا يجب ضمان السوم إلا بذكر الثمن، قيل هو قول أبي يوسف. ويكفي عند محمد أن يميل تليهما. غنيس.

دفعه إلى دلال ليبيعه فدفعه الدلال إلى رجل على سوم الشراء ثم نسيه لم يضمن، وهذا إذا أذن له المالك بالدفع للسوم إذ لا تعدي في الدفع حينئذ ليضمن، أما إذا لم يأذن له فيه ضمن.

ذكر في بعض الفتاوى عن فتاوى النسفي: لو عرضه الدلال على رب دكان وتركه عنده فهرب رب الدكان وذهب به لم يضمن الدلال في الصحيح لأنه أمر لا بد منه في البيع. وذكر بعض المشايخ يضمن لأنه مودع، وليس للمودع أن يودع. قاضيخان.

دفعه الدلال إلى من استام لينظر إليه ويشتري فذهب به ولم يظفر به الدلال قالوا لم يضمن لإذنه في هذا الدفع.

قال: وعندي أنه إنما لا يضمن لو لم يفارقه، وأما لو فارقه ضمن كما لو أودعه أجنبي أو ترك عند من لا يريد الشراء.

طلب البيع رجل من الدلال بدراهم معلومة فوضعه عند طالبه ضمن قيمته لأخذه على سوم الشراء بعد بيان الثمن. قالوا: ولا شيء على الدلال، وهذا لو مأذوناً بالدفع إلى من يريد الشراء قبل البيع، فلو لم يكن مأذوناً ضمن فروق الجامع.

دلال معروف بيده ثوب تبين أنه مسروق فقال رددته على من أخذته منه يبرأ كغاصب الغاصب إذا رد على الغاصب يبرأ في المختار، إنما يبرأ لو أثبت رده بحجة في عدة الفتاوى، هذا كغاصب الغاصب إذا قال رددت على الغاصب صدق بيمينه لا بدونها. منتقى.

قال تلفت منذ عشرة أيام وبرهن ربها أنها كانت عنده منذ يومين فقال المودع وجدتها فتلفت تقبل ولم يضمن. ولو قال أولاً ليست عندي وديعة ثم قال وجدتها فتلفت ضمن ام. قنية.

دلال دفع ثوباً إلى ظالم لا يمكن استرداده منه ولا أخذ الثمن يضمن إذا كان الظالم معروفاً بذلك.

ن: خرج المودع وترك الباب مفتوحاً ضمن لو لم يكن في الدار أحد ولم يكن المودع في مكان يسمع حس الداخل عدة.

المودع: لو حفظها ليس فيه مال ضمن والمراد حرز غيره، أما لو استأجر بيتاً لنفسه وحفظها فيه لم يضمن وإن لم يكن فيه ماله.

مب: مودع استأجر بيتاً في مصر أودع فيه وأحرزها فيه وسافر وتركها فيه لم يضمن.

صم: تختم بخاتم الوديعة قيل ضمن في الخنصر والبنصر لا في غيرهما، وبه يفتى. وقيل ضمن في الخنصر لا في غيره بخلاف المرتهن. وتضمن المرأة مطلقاً لأنه استعمال منها. خلاصة في الأقضية.

ادعى وكالة بقبض دين أو وديعة وأقر المطلوب ففي الدين يؤمر بدفعه إليه، وفي العين لا يؤمر في ظاهر الرواية. وذكر في محل آخر من الخلاصة في الفرق بينهما أن إقراره في الدين لا في ملك نفسه. وفي الوديعة لا في ملك غيره اهـ. فلو أقر بالوكالة وأنكر المال لا يصير خصماً، ولا تقبل البينة على المال إلا أن تقوم البينة على الوكالة أو لم يثبت كونه خصماً بإقرار المطلوب لأنه ليس بحجة في حق الطالب، ولو أقر بالمال وأنكر الوكالة لا يحلف الوكيل المطلوب على العلم بوكالته، إذ الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولم تصح، إذ لم تثبت وكالته فلم يصر خصماً إلا إذا قامت البينة على الوكالة، والمال يقبل عند أبي حنيفة بناء على أن وكيل قبض الدين يملك الخصومة عنده.

مد: لا يؤمر بدفع الوديعة إلى الوكيل بقبضها لو صدقه إذ أقر بمال الغير، بخلاف الدين.

قن: عن محمد لو صدقه يجبر بدفع عين كدين غز: وكذا عند أبي يوسف.

حشجي: لو صدقه أو كذبه أو سكت لا يجبر بدفع الوديعة. ولو دفعها لا يسترد، فلو حضر ربها وكذبه في الوكالة لا يرجع المودع على الوكيل لو صدقه ولم يشترط عليه الضمان، وإلا رجع بعينه لو قائماً وبقيمته لو هالكاً.

قال صاحب جامع الفصولين: أقول: لو صدقه ودفعه بلا شرط ينبغي أن يرجع على الوكيل لو قائماً إذ غرضه لم يحصل فله نقض قبضه على قياس ما مر عن الهداية من أن المديون يرجع بما دفعه إلى وكيل صدقه لو باقياً، كذا هذا.

شجع: لو لم يؤمر بدفع الوديعة ولم يسلمها فتلفت، قيل لا يضمن وكان ينبغي أن يضمن، إذ المنع من الوكيل بزعمه كمنعه من المودع، ولو سلمه إلى الوكيل لا يسترد لأنه سعى في نقض ما تم من جهته.

وكل زيداً الغائب بقبض وديعة فقبضها زيد قبل أن يبلغه ذلك فتلف يخير المالك ضمن زيداً أو الدافع، ولو علم الدافع بالتوكيل لا زيد برئا إذ للمودع أن يدفعه.

يقول الحقير: الظاهر أنه يبرأ الدافع لا زيد لكونه قبضه حين قبض فضولاً، والله تعالى أعلم.

عن: وكله بقبض الوديعة في اليوم فله قبضه غداً، ولو وكله بقبضه غداً لا يملك قبضه اليوم إذ ذكر اليوم للتعجيل فكأنه قال أنت وكيلي به الساعة فإذا ثبت وكالته الساعة دامت ضرورة، ولا يلزم من وكالة الغد وكالة اليوم لا صريحاً ولا دلالة، وكذا لو قال اقبضه الساعة بدونهم فله قبضه بعدها، ولو قال اقبضه بمحضر من فلان فقبضه بغيبته جار.

قال اقبضه بشهود فله قبضه، بخلاف قوله لا تقبضه إلا بمحضر منه حيث لا يملك قبضه إذ نهى عن القبض واستثنى قبضاً بمحضر منه اهـ ما في نور العين.

وفي الهداية: من ترك باب حانوته مفتوحاً فقام واحد ثم رجع فنقصان ما ضاع على آخرهم. كذا في الملتقط.

رجل في يده ثوب قال له رجل أعطني هذا الثوب فأعطاه إياه كان هذا على الوديعة. كذا في الظهيرية.

سئل ابن الفضل عمن دفع جواهر إلى رجل ليبيعها فقال القابض أنا أريها تاجراً لأعرف قيمتها فضاعت الجواهر قبل أن يريها، قال: إن ضاعت أو سقطت بحركته ضمن، وإن سرقت منه أو سقطت لمزاحمة أصابته من غيره لم يضمن. كذا في الحاوي للفتاوى.

دفع إلى مراهق قمقمة ليسقي الماء فتغافل عنها فضاعت لا يضمن. كذا في القنية.

قال خلف. سألت أسداً عمن له على آخر درهم فدفع المطلوب إلى الطالب درهمين أو درهماً ثم درهماً وقال خذ درهمك فضاع الدرهمان قبل أن يعين درهماً قال: هلك على المطلوب وللطالب درهمه.

ولو قال له حين دفع إليه الدرهم الأول: هذا حقك فهو مستوف ولا ضمان عليه للدرهم الآخر، كذا في التاتارخانية.

صبي يعقل البيع والشراء محجور عليه أودعه رجل ألف درهم فأدرك ومات ولم يدر ما حال الوديعة فلا ضمان في ماله إلا أن يشهد الشهود أنه أدرك وهي في يده فحينئذ يضمن بالموت عن تجهيل. كذا في الظهيرية. والحكم في المعتوه نظير الحكم في الصبي إذا أفاق ثم مات ولم يدر ما حال الوديعة لا ضمان في ماله إلا أن يشهد الشهود أنه أفاق وهي في يده وإن كان الصبي مأذوناً له في التجارة والمسألة بحالها، فهو ضامن للوديعة وإن لم تشهد الشهود أنه أدرك وهي في يده، وكذا الحكم في المعتوه إذا كان مأذوناً له في التجارة كذا في الذخيرة.

إذا قال المستودع للمودع وهبت لي الوديعة أو بعتها مني وأنكر رب الوديعة ثم هلكت لا يضمن المودع. كذا في الخلاصة.

سئل عمن أودع عند آخر أواني صفر ثم استردها بعد زمان فرد عليه ستة فقال المالك كانت سبعة فأين السابع فقال لا أدري أودعتني ستة أو سبعة ولا أدري ضاعت أو لم تكن عندي، وتارة يقول لا أدري هل جاءني من عندك رسول فاستردها ودفعها إليك أم

. . . .

لا هل يضمن؟ قال لا، لأنه لم يقر بإضاعته فلا يتناقض. كذا في فتاوى النسفي.

رجل استقرض من رجل خمسين درهماً فأعطاه غلطاً ستين فأخذ العشرة ليردها فهلكت في الطريق يضمن خمسة أسداس العشرة لأن ذلك القدر قرض والباقي وديعة. كذا في السراج الوهاج وهو الأصح. هكذا في التاتارخانية وكذا لو هلك الباقي يضمن خمسة أسداسه. كذا في فتاوى قاضيخان.

له على آخر خمسون فاشترى غلطاً ستين فلما علم أخذ عشرة للرد فهلكت يضمن خمسة أسداس العشرة لأن ذلك قرض والباقي أمانة. كذا في الوجيز للكردري.

رجل له على رجل ألف درهم دين فأعطاه ألفين وقال ألف منهما قضاء من حقك وألف يكون وديعة فقبضها وضاعت قال هو قابض حقه ولا يضمن شيئاً. كذا في المحيط.

أودعه بقرة وقال إن أرسلت ثيرانك إلى المرعى للعلف فاذهب ببقرتي أيضاً فذهب بها دون ثيرانه فضاعت لا يضمن. كذا في القنية.

أودع شاة فدفعها مع غنمه إلى الراعي ليحفظ فسرقت الغنم يضمن إذا لم يكن الراعي خاصاً للمودع. كذا في القنية.

الوديعة إذا كانت ثياباً فأخذها المودع وصعد بها السطح ونشرها فذهبت بها الريح وأعادها إلى المكان الذي كانت فيه من البيت لا يبرأ عن الضمان لأنه لم يوجد منه القصد إلى ترك التعدي. كذا في خزانة المفتين.

في فتاوى النسفي: طحان خرج من الطاحونة لسكر الماء فسرقت الحنطة ضمن إن ترك الباب مفتوحاً وبعد من الطاحونة. كذا في الخلاصة. بخلاف مسألة الخان، وهي: خان فيها منازل ولكل منزل مقفل فخرج وترك الباب مفتوحاً فجاء سارق وأخذ شيئاً لا يضمن. كذا في الوجيز للكردري.

قال المودع للمالك أنا ذاهب إلى المزرعة وأريد أن أضع وديعتك في بيت جاري فقال له المالك ضعها فوضعها وذهب إلى المزرعة ورجع فأخذها من الجار وجاء إلى بيته ووضعها ثمة فضاعت من داره هل يضمن المودع الأول أم لا؟ ينبغي الضمان. كذا في الذخيرة معرباً عن عبارة فارسية.

ولو كان عنده كتاب وديعة فوجد فيه خطأ يكره أن يصلحه إذا كره ذلك صاحبه في الملتقط انتهى.

أقول: وهذا بخلاف إصلاح غلط المصحف إذا كان بخط يناسب فإنه يجب حينئذ كما يأتي في آخر العارية.

كتاب العارية

أخرها عن الوديعة لأن فيها تمليكاً وإن اشتركا في الأمانة. ومحاسنها: النيابة عن الله تعالى في إجابة المضطر، لأنها لا تكون إلا لمحتاج كالقرض، فلهذا كانت

وفي الهندية. أودع عند رجل صك ضيعة والصك ليس باسمه ثم جاء الذي الصك باسمه وادعى تلك الضيعة والشهود الذين يعلموا خطوطهم أبوا أن يشهدوا حتى يروا خطوطهم فالقاضي يأمر المودع حتى يريهم الصك ليروا خطوطهم ولا يدفع الصك إلى المدعي. وعليه الفتوى. كذا في الفتاوى العتابية.

دفع إلى رجل مالاً لينثره على العرس، فإن كان المدفوع دراهم ليس له أن يحبس لنفسه شيئاً ولو نثره بنفسه ليس له أن يلتقط منه كذا في محيط السرخسي، وكذا ليس له أن يدفع إلى غيره لينثره. كذا في السراج الوهاج. ومثل المال السكر. كذا في الغياثية.

وسئل عن أمة اشترت سوارين بمال اكتسبته في بيت مولاها فأودعتهما امرأة فقبضت تلك المرأة ولم يكن ذلك بإذن مولى الجارية فهلكت الوديعة هل تضمن فقال نعم، لأن تلك ملك المولى ولا تودع بغير إذنه فصارت غاصبة كذا في الفتاوى النسفية، انتهى ما في الهندية، والله تعالى أعلم، وأستغفر الله العظيم.

كتاب العارية

مشروعيتها بالكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾ [الماعون: ٧] والماعون: ما يتعاورونه في العادة، وقيل الزكاة، فقد ذم الله تعالى على منع الماعون وهو عدم إعارته فتكون إعارته محمودة. وبالسنة: وهي ما روى البخاري «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اسْتَعَارَ مِنْ أَبِي طَلْحَةَ فَرَسًا يُسَمَّى الْمَنْدُوبَ فَرَكِبَهُ حِينَ كَانَ فَزَعٌ فِي الْمَدِينَةِ، فَلَمَّا رَجَعَ قَالَ: مَا رَأَيْنَا مِنْ شَيْءٍ وَإِنْ وَجَدْنَاهُ لَبَحْرًا»[١] وبالإجماع فإن الأمة أجمعت على جوازها، وإنما اختلفوا في كونها مستحبة، وهو قول الأكثرين أو واجبة وهو قول البعض انتهى شمني. قوله: (لأن فيها تمليكاً) أي ولهذا كانت تكون من الوديعة بمنزلة المفرد من المركب والمركب مؤخر عن المفرد، ويحتمل أن يكون إشارة إلى ما قدمنا في الوديعة من أنه من باب الترقي. والأنسب في التركيب أن يقول ذكرها بعد الوديعة لاشتراكهما في الأمانة وأخرها لأن فيها تمليكاً. قوله: (النيابة عن الله تعالى في إجابة المضطر) أي إن المستعير مضطر وقال تعالى: ﴿أَمَّن يُجِيبُ ٱلْمُضْطَرَّ إِذَا دَعَاهُ﴾ [النمل: ٦٢] وقد أجابه المعير فكأنه نائب عن الله تعالى في إغاثته، وإن كان فعل المعير من الله تعالى فلا نيابة في الحقيقة ففاعلها قد تخلق بهذا الخلق، وورد «تَخَلَّقُوا بِأَخْلَاقِ ٱللَّهِ». قوله: (لأنها لا تكون إلا لمحتاج) أي

---

(١) أخرجه البخاري ٥/ ٢٤٠ (٢٦٢٧) ومسلم ٤/ ١٨٠٣ (٤٩ . ٢٣٠٧).

الصدقة بعشرة، والقرض بثمانية عشر.

(هي) لغة مشددة وتخفف: إعارة الشيء قاموس، وشرعاً: (تمليك المنافع

غالباً. قوله: (والقرض بثمانية عشر) حقق بعضهم أن ثواب الصدقة أكثر، وأن إفرادها أكثر كيفاً وإن كانت في القرض أكثر كما قال المناوي نقلاً عن الطيبي: القرض اسم مصدر والمصدر بالحقيقة الإقراض، ويجوز كونه بمعنى المقروض. قال الطيبي: فيه أي في الحديث أن درهم القرض بدرهمي صدقة، لكن الصدقة لم يعد منها شيء والقرض عاد منه درهم فسقط مقابله وبقي ثمانية عشر، ومن ثم لو أبرأ منه كان عشرون ثواباً بالأصل، وهذا الحديث يعارضه حديث ابن حبان «مَنْ أَقْرَضَ دِرْهَماً مَرَّتَيْنِ كَانَ لَهُ كَأَجْرِ صَدَقَةٍ مَرَّةً» وجمع بعضهم بأن القرض أفضل من الصدقة ابتداء، لامتيازه عنها بصون وجه من لا يعتاد السؤال، وهي أفضل انتهاء لما فيها من عدم رد المقابل. وعند تقابل الخصوصيتين ترجح الثانية باعتبار الأثر المترتب.

والحق أن ذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال والأزمان، وعليه ينزل الأحاديث المتعارضة اهـ ط. قوله: (مشددة) كأنها منسوبة إلى العار، لأن طلبها عار وعيب صحاح. ورده في النهاية بأنه ﷺ باشر الاستعارة، فلو كان العار في طلبها لما باشرها، وعول على ما في المغرب من أنها اسم من الإعارة وأخذها من العار العيب خطأ اهـ. ومثله في معراج الدراية. وذكر في البدائع أنه يحتمل أن تكون العارية اسماً موضوعاً لا نسبياً كالكرسي والقمري نظيره كميت وكميت صيغة تصغير وليس بتصغير.

وفي المبسوط: قيل العارية مشتقة من التعاور وهو التناوب، كأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء، ولهذا كانت الإعارة في المكيل والموزون قرضاً لأنه لا ينتفع به إلا بالاستهلاك فلا تعود النوبة إليه في عينه لتكون إعارة حقيقة وإنما تعود النوبة إليه في مثله، وما يملك الإنسان الانتفاع به على أن يكون مثله مضموناً عليه يكون قرضاً انتهى. ومثله في الكافي. قوله: (وتخفف) قال الجوهري وقد تخفف منسوبة إلى العار. ورده الراغب بأن العار يائي والعارية واوي وبالمشتقات يقال: استعاره منه واستعاره الشيء على حذف من. قوله: (إعارة الشيء قاموس) قال في المنح عنه: أعاره الشيء وأعاره منه وعاوره إياه وتعور واستعار: طلبها، واعتوروا الشيء وتعوروه: تداولوه اهـ. وفي المبسوط أنها من العرية تمليك الثمار بلا عوض، ورده المطرزي لأنه يقال استعاره منه فأعاره واستعاره الشيء على حذف من. والصواب أن المنسوب إليه العارة اسم من الإعارة، ويجوز أن يكون من التعاور التناوب. قهستاني. قوله: (تمليك المنافع) أشار به إلى رد ما قاله الكرخي من أنها إباحة نفع، وما في المتن مختار أبي بكر الرازي وهو الصحيح، وهو قول عامة أصحابنا كما في الهندية عن السراج وعليه المتون

مجاناً) أفاد بالتمليك لزوم الإيجاب والقبول ولو فعلاً. وحكمها: كونها أمانة.

وأكثر الشروح، ويشهد لما في المتن كثير من الأحكام من انعقادها بلفظ التمليك وجواز أن يعير مالاً يختلف بالمستعمل، ولو كان إباحة لما جاز لأن المباح له ليس له أن يبيح لغيره كالمباح له الطعام ليس له أن يبيح لغيره، وانعقادها بلفظ الإباحة لأنه استعير للتمليك كما في البحر وإنما لا يفسد هذا التمليك الجهالة لكونها لا تفضي إلى المنازعة لعدم لزومها. كذا قال الشارحون، والمراد بالجهالة جهالة المنافع المملكة لا جهالة العين المستعارة بدليل ما في الخلاصة: لو استعار من آخر حماراً فقال ذلك الرجل في حماري في الإصطبل فخذ أحدهما واذهب به يضمن إذا هلك، ولو قال له خذ أحدهما أيهما شئت لا يضمن كما في المنح. قوله: **(مجاناً)** أي بلا عوض. قال في القاموس: المجان ما كان بلا بدل. قوله: **(لزوم الإيجاب والقبول ولو فعلاً)** أي كالتعاطي كما في القهستاني وهذا مبالغة على القبول. وأما الإيجاب فلا يصح به، وعليه يتفرع ما سيأتي قريباً من قول المولى خذه واستخدمه، والظاهر أن هذا هو المراد بما نقل عن الهندية ركنها الإيجاب من المعير. وأما القبول من المستعير فليس بشرط عند أصحابنا الثلاثة اهـ: أي القبول صريحاً غير شرط، بخلاف الإيجاب، ولهذا قال في التاترخانية: إن الإعارة لا تثبت بالسكوت اهـ. وإلا لزم أن لا يكون أخذها قبولاً. قوله: **(وحكمها كونه أمانة)** فإن هلكت من غير تعد لم يضمن، وإن تعدى ضمن بالإجماع. ولو شرط الضمان في العارية هل يصح. فالمشايخ مختلفون فيه.

وفي خلاصة الفتاوى: رجل قال لآخر أعرني فإن ضاع فأنا له ضامن قال لا يضمن. هندية عن غاية البيان، ومثله في الأنقروي عن المضمرات. قوله: **(قابلية المستعار)** أي يمكن الانتفاع بالمعار مع بقاء عينه، فلو أعاره مكيلاً أو موزوناً لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كان كناية عن القرض.

ولا يصح إعارة الأمة للوطء ولا من تحت وصايته للخدمة لعدم قابلية المعار لذلك الانتفاع، لأن الإباحة لا تجري في الفروج، ولا يجوز التبرع بمنافع الصغير، ولم تجعل عارية الأمة نكاحاً كما جعل في عارية المكيل والموزون قرضاً للمشاكلة بين القرض والعارية، لأن كلاً منهما تبرع غير لازم لصاحبه أن يرجع به متى شاء والنكاح لازم فلا ينعقد بلفظ ما يدل على اللزوم، ومن لازم النكاح البدل وهو المهر. وشرط العارية عدم ذكر البدل.

قال في الهندية: ومن شرائطها العقل، فلا تصح الإعارة من المجنون والصبي الذي لا يعقل. وأما البلوغ فليس بشرط حتى تصح الإعارة من الصبي المأذون. ومنها القبض من المستعير. ومنها أن يكون المستعار مما يمكن الانتفاع به بدون استهلاكه، فإن لم يكن فلا تصح إعارة. كذا في البدائع.

وشرطها: قابلية المستعار للانتفاع وخلوّها عن شرط العوض، لأنها تصير إجارة، وصرح في العمادية بجواز إعارة المشاع وإيداعه وبيعه: يعني لأن جهالة العين

قال الحاكم الشهيد في الكافي: وعارية الدراهم والدنانير والفلوس قرض، وكذلك كل ما يكال أو يوزن أو يعد عداً مثل الجوز والبيض وكذلك الأقطان والصوف والإبريسم والكافور وسائر متاع العطر، والصندلة التي لا تقع الإجارة على منافعها قرض وهذا إذا أطلق العارية، أما إذا بين الجهة كما إذا استعار الدراهم أو الدنانير ليعاير بها ميزاناً أو يزين بها دكاناً أو يتجمل بها أو غير ذلك مما لا ينقلب به عينه لا يكون قرضاً بل يكون عارية تملك بها المنفعة المسماة دون غيرها: ولا يجوز له الانتفاع بها على وجه آخر غير ما سماه. كذا في غاية البيان.

إذا استعار آنية يتجمل بها أو سيفاً محلى أو سكيناً محلى أو منطقة مفضضة أو خاتماً لم يكن شيء من هذا قرضاً هكذا في الكافي.

ولو قال لآخر أعرتك هذه القصعة من الثريد فأخذها وأكلها عليه مثلها أو قيمتها وهو قرض، إلا إذا كان بينهما مباسطة حتى يكون ذلك دلالة الإباحة. كذا في الخلاصة.

ويأتي في كلام الشارح في أثناء الكتاب عن الصيرفية في العيون: استعار من آخر رقعة يرقع بها قميصه أو خشبة يدخلها في بنائه أو آجرة فهو ضامن لأن هذا ليس بعارية بل هو قرض، وهذا إذا لم يقل لأردها عليك، أما إذا قال لأردها عليك فهو عارية. كذا في المحيط انتهى. قوله: (لأنها تصير إجارة) الأولى لأنه تصير به إجارة، وقد تصور أن الإجارة تنعقد بلفظ الإعارة. قوله: (وصرح في العمادية الخ) أشار إلى إيراد وجوابه، وهو أن العارية إذا كانت تمليك المنفعة فكيف يصح إعارة المشاع فإنه مجهول العين، فأشار إلى الجواب بأن الجهالة المانعة من التمليك الجهالة المفضية إلى المنازعة وجهالة العين لا تفضي إليها، ولذا جاز بيع المشاع وإيداعه.

وقد نقل في البحر أن الذي لا يضرّ في العارية جهالة المنافع. أما جهالة العين فمضرة إذا كانت تفضي إلى المنازعة، لما في الخلاصة: لو استعار من آخر حماراً فقال ذلك الرجل لي حماران في الإصطبل فخذ أحدهما واذهب فأخذ أحدهما وذهب به يضمن إذا هلك اهـ. وقدمنا تمامه قريباً.

وفي العناية من الهبة: وعقد التمليك يصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه: يعني الصحيح والفاسد والصرف والسلم، فإن الشيوع لا يمنع تمام القبض في هذه العقود بالإجماع. قوله: (وبيعه) وكذا إقراضه كما مر، وكذا إيجاره من الشريك لا الأجنبي، وكذا وقفه عند أبي يوسف خلافاً لمحمد فيما يحتمل القسمة، وإلا فجائز اتفاقاً. وأفتى الكثير بقول محمد، واختار مشايخ بلخ قول أبي يوسف. وأما وديعته فجائزة وتكون مع

لا تفضي للجهالة لعدم لزومها.

وقالوا: علف الدابة على المستعير وكذا نفقة العبد، أما كسوته فعلى المعير. وهذا إذا طلب الاستعارة، فلو قال المولى خذه واستخدمه من غير أن يستعيره فنفقته على المولى أيضاً لأنه وديعة.

(وتصح بأعرتك) لأنه صريح (وأطعمتك أرضي)

الشريك. وأما قرضه فجائز كما إذا دفع إليه ألفاً وقال خمسمئة قرض وخمسمائة شركة. كذا في النهاية هنا. وأما غصبه فمتصور. قال البزازي: وعليه الفتوى، وذكر له في الفصول صوراً. وأما صدقته وهبته فإنها لا تجوز في مشاع يقسم إلا إذا تصدق بالكل على اثنين فإنه يجوز على الأصح، وتمامه في أوائل هبة البحر، ويأتي إن شاء الله تعالى. قوله: (لا تفضي للجهالة) كذا في بعض النسخ وفي بعضها للمنازعة وهي أولى. وفي القدسي ما يفيد رد هذا التعليل حيث قال: وشرطها تعيين المستعار، حتى لو قال لي حماران في الإصطبل إلى آخر ما قدمناه عن الخلاصة. قوله: (لعدم لزومها) لا حاجة إليه إذ جهالة عين المشاع لا تمنع في اللزوم أيضاً ولذا جاز بيعه مع أن البيع لازم.

والحاصل: أن إعارة المشاع تصح كيفما كان أي في الذي يحتمل القسمة أو لا يحتملها من شريك أو أجنبي، وكذا إعارة الشيء من اثنين أجمل أو فصل بالتنصيف أو بالأثلاث كما في القنية. قوله: (وقالوا علف الدابة على المستعير) لأن نفعه له فنفقته عليه. قوله: (وكذا نفقة العبد) أي مطلقة كانت أو موقتة كما في المنح. قوله: (أما كسوته فعلى المعير) لأن العارية غير لازمة، وللمعير الرجوع عنها في كل حين فكان زمنها غير مستطيل عادة، والكسوة تكون في الزمان المستطيل؛ ألا ترى أنه شرط في ثوب الكسوة في كفارة اليمين أن يمكن لبسه ثلاثة أشهر فصاعداً، والمنافع تحدث في كل آن وتتجدد في آن غير آن، وبقاؤه غير لازم وإن ذكر لها مدة، فلو لزمت العارية بقصرها لخرجت عن موضوعها، ولو صح رجوعه لتضرر المستعير بذهاب كسوته من غير حصول انتفاعه. قوله: (وهذا) يعني إنما يكون تمليك منافع العبد عارية؛ ونفقته على المستعير لو قال له أعطني عبدك ليخدمني أو أعرني عبدك، أما لو قال خذ عبدي واستخدمه كان إيداعاً مأذوناً بالانتفاع به، والعبد وديعة فنفقته على المودع كما في الهندية والبزازية وغيرهما. قوله: (لأنه وديعة) الأقرب أنه إباحة للانتفاع، إذ لو كان وديعة لما جاز له الانتفاع بها. أو يقال إنها وديعة أباح له المالك الانتفاع بها

وفي الهندية عن القنية: دفعت إليك هذا الحمار لتستعمله وتعلفه من عندك عارية، اهـ. قوله: (لأنه صريح) أي حقيقة

قال قاضي زاده: الصريح عند علماء الأصول ما انكشف المراد منه في نفسه فيتناول

أي غلتها لأنه صريح مجازاً من إطلاق اسم المحل على الحال (ومنحتك) بمعنى أعطيتك (ثوبي أو جاريتي هذه وحملتك على دابتي هذه إذا لم يرد به) بمنحتك وحملتك (الهبة) لأنه صريح فيفيد العارية بلا نية والهبة

الحقيقة الغير المهجورة والمجاز المتعارف اهـ. فالأول أعرتك والثاني أطعمتك أرضي. قوله: (أي غلتها) قال في البحر: لأن الإطعام إذا أضيف إلى ما لا يؤكل عينه يراد به ما يستغل منه مجازاً لأنه محله اهـ. ولو قال أطعمتك هذا الجزور فهو عارية إلا أن يريد الهبة. هندية. وهذا يفيد تقييد الأرض بما إذا كان فيها غلة وإلا فلا صحة لهذا التركيب. وفيه أن المراد أنه أعارها له ليزرعها، فإنه إذا عبر بالإطعام اختصت عاريتها بالانتفاع بزراعتها فلا يبني ولا يغرس كما سيأتي آخر الكتاب، فقوله «أي غلتها» أي إنك تزرعها وتستغلها. قوله: (لأنه صريح مجازاً الخ) عبارة العيني والدرر: لأن الإطعام إذا أضيف إلى ما لا يطعم كالأرض يراد به غلتها إطلاقاً لاسم المحل على الحال.

وحاصله: أن الصريح ما لا يحتمل غيره، وهو يكون حقيقة ومجازاً لأن المعتبر فيه قرينة مانعة من المعنى الحقيقي فلذلك كان صريحاً لا يحتمل غيره، بخلاف الكناية فإنها لا يعتبر معها قرينة قوله: (ومنحتك) أصله أن يعطي الرجل ناقة أو شاة ليشرب لبنها ثم يردها إذا ذهب درها ثم كثر ذلك، حتى قيل في كل من أعطى شيئاً منحتك، وإذا أراد به الهبة أفاد ملك العين وإلا بقي على أصل وضعه اهـ. زيلعي قوله: (ثوبي أو جاريتي هذه) أتى باسم الإشارة ولم يكتف بإضافة الثوب والجارية إلى نفسه، لأنه لا يلزم من الإضافة إليه أن يكون الثوب أو الجارية معيناً لاحتمال أن يكون له أكثر من ثوب وجارية لأنه يشترط عدم جهالة العين المستعارة كما سبق، وحينئذ سقط قول السيد الحموي: ينظر ما الداعي إلى إقحام اسم الإشارة في هذا وما بعده، وهلا أغنت الإضافة إلى نفسه عن ذلك قوله: (لأنه صريح) هذا ظاهر في منحتك، أما حملتك فقال الزيلعي: إنه مستعمل فيهما. يقال حمل فلان فلاناً على دابته يراد به الهبة تارة والعارية أخرى، فإذا نوى إحداهما صحت نيته، وإن لم تكن له نية حمل على الأدنى كي لا يلزمه الأعلى بالشك اهـ. وهذا يدل على أنه مشترك بينهما، لكن إنما أريد به العارية عند التجرد عن النية لئلا يلزمه الأعلى بالشك ط.

وفي الكافي للنسفي: وقوله في الهداية ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة لأنهما لتمليك العين، وعند إرادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزاً مشكل من وجوه:

أحدها: قوله إذا لم يرد به الهبة، وكان ينبغي أن يقول إذا لم يرد بها بدليل التعليل. ويمكن أن يجاب عنه بأن الضمير يرجع إلى المذكور كقوله تعالى: ﴿عوان بين ذلك﴾.

بها: أي مجازاً (وأخدمتك عبدي) وأجرتك داري شهراً مجاناً (وداري) مبتدأ (لك)

وثانيها: أنه جعل هذين اللفظين حقيقة لتمليك العين ومجازاً لتمليك المنفعة، ثم ذكر في كتاب الهبة في بيان ألفاظها وحملك على هذه الدابة إذا نوى بالحمل الهبة، وعلل بأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة.

وثالثها: أنهما لما كان لتمليك العين حقيقة والحقيقة تراد باللفظ بلا نية، فعند عدم إرادة الهبة لا يحمل على تمليك المنفعة بل على الهبة.

وفي المستصفى شرح النافع: قلنا جاز أن يكون تمليك العين حقيقة وتمليك المنفعة مجازاً، وإلى هذا مال صاحب الهداية في كتاب العارية، ويكون التقدير: إذا لم يرد به الهبة وأراد به العارية: أي لأنه إذا لم يرد به الهبة وأراد به العارية: أي لأنه إذا لم يرد الحقيقة لا يصار إلى المجاز إلا عند إرادته، ويحتمل أن يكون بالعكس، وإليه أشار فخر الإسلام في مبسوطه وصاحب الهداية في كتاب الهبة، ويكون قوله إذا لم يرد به الهبة بالتأكيد: أي لأن مطلق الكلام محمول على العارية فليس المراد به التقييد، ويحتمل أن يكون للمعنيان حقيقة فيهما، وإنما ترجح أحدهما لأنه أدنى الأمرين فيحمل عليه للتيقن اهـ. كذا في الكفاية موضحاً. قوله: (بها) أي بالنية لأن هذا اللفظ مستعمل فيهما، يقال حمل فلان فلاناً على دابته يراد به الهبة تارة والعارية أخرى، فإذا نوى إحداهما صحت نيته، وإن لم يكن له نية حمل على الأدنى. زيلعي. وأما منحتك فقد علمت أنه كذلك لأن معناه إذا لم يرد به الهبة العارية لأن المنح لتمليك العين عرفاً، وعند عدم إرادته يحمل على تمليك المنافع، وإذا أراد به الهبة أفاد ملك العين وإلا بقي على أصل وضعه. قوله: (أي مجازاً) لا دخل في النافي عليه لأنه لا يثبت أحدهما إلا بالنية وهي القرينة الحالية. قوله: (وأخدمتك عبدي) إنما كان عارية لأنه أذن له في الاستخدام عيني وهو كحملتك على دابتي صريح في العارية كناية في الهبة، وكان الأولى إقحام اسم الإشارة هنا وفيما بعده كما في الدرر للوجه الذي ذكرناه. قوله: (شهراً مجاناً) أي بلا عوض، وكذا لو لم يقل شهراً وجعله عارية أحد قولين. وقيل لا يكون عارية وظاهر الهندية اعتماده، ومثله في البحر عن الخانية: أي بل إجارة فاسدة، وقد قيل بخلافه. تاترخانية. وينبغي هذا لأنه إذا لم يصرح بالمدة ولا بالعوض فأولى أن يكون إعارة من جعله إعارة مع التصريح بالمدة دون العوض. كذا أفاده شيخ سيدي الوالد رحمه الله تعالى.

ونقل الرملي في حاشية البحر عن إجارة البزازية: لا تنعقد الإعارة بالإجارة، حتى لو قال آجرتك منافعها سنة بلا عوض تكون إجارة فاسدة لا عارية اهـ. فتأمله مع هذا، وسيأتي في أول الإجارة اهـ. قوله: (وداري لك الخ) لأن قوله داري لك وإن كان لتمليك العين ظاهراً فهو يحتمل تمليك المنفعة، وقوله سكنى محكم في العارية فحملنا المحتمل على

خبر (سكنى) تمييز، أي بطريق السكنى (و) داري لك (عمرى) مفعول مطلق، أي أعمرتها لك عمرى (سكنى) تمييزه يعني جعلت سكناها لك مدة عمرك (و) لعدم لزومها (يرجع المعير متى شاء) ولو موقتة

المحكم. حموي. قوله: (تمييز) أي عن النسبة إلى المخاطب، أي ملكتها لك سكنى، وهذا أولى مما في المغرب والقهستاني من أنه حال. نعم يجوز أن يكون خبراً ولك متعلق به أو بالنسبة بين المبتدأ والخبر كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّ الدِّينَ عِندَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ﴾ [آل عمران: ١٩] حموي عن الحفيد على صدر الشريعة. قوله: (أي بطريق السكنى) أي نسبة داري له بطريق سكناها لا تملك عينها وهو حقيقة العارية. قوله: (مفعول مطلق) أو ظرف، أي مدة عمرك. قهستاني. وهو ما أشار إليه الشارح بعده وهو وجه آخر لكنه مزج احتمالاً باحتمال. قوله: (تمييزه) أي تمييز عمري. قال الزيلعي: لأن قوله داري لك يحتمل أن يكون له رقبتها، ويحتمل أن يكون له منفعتها، ولو قال هي لك تسكنها كان هبة للدار لأنه أضاف التمليك إلى رقبة الدار، وقوله تسكنها مشورة فلا يتغير به قضية العقد اهـ إتقاني. قوله: (يرجع المعير متى شاء) لقوله عليه الصلاة والسلام: «المنحة مردودة والعارية مؤداة»[1] ووجه الاستدلال ظاهر، وفيه تعميم بعد التخصيص، لما عرف أن المنحة عارية خاصة عناية، ولأن المنافع تحدث شيئاً فشيئاً ويثبت الملك فيها بحسب حدوثها فرجوعه امتناع عن تمليك ما لم يحدث وله ذلك. زيلعي. قوله: (ولو موقتة) لكن يكره قبل تمام الوقت لأن فيه خلف الوعد. ابن كمال.

أقول: من هنا تعلم أن خلف الوعد مكروه لا حرام. وفي الذخيرة: يكره تنزيهاً لأنه خلف الوعد، ويستحب الوفاء بالعهد، لكن استظهر العلامة أبو السعود كراهة التحريم، ووفق شيخه بحمل ما في الذخيرة ومن نحا نحوها بأن الكراهة للتنزيه على ما إذا وعد وكان من نيته الوفاء ثم طرأ الخلف فلا مخالفة اهـ.

قال سيدي الوالد رحمه الله تعالى: لا يلزم الوفاء بالوعد شرعاً، والمسألة في الأشباه من الحظر والإباحة وتفصيلها في حواشيه.

قال في الهندية: وأما أنواعها فأربعة:

أحدها: أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع. وحكمه أن للمستعير أن ينتفع بها بأي نوع شاء وأي وقت شاء.

والثاني: أن تكون مقيدة فيهما، فلا يتجاوز ما سماه المعير إلا إذا كان خلافاً إلى خير.

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٥/ ٢٦٧ وأبو داود ٣/ ٨٢٤ (٣٥٦٥) والترمذي ٣/ ٥٦٥ (١٢٦٥) وابن ماجة ٢/ ٨٠٢ (٢٣٩٨) وابن حبان كما في الموارد: ١١٧٤.

أو فيه ضرر فتبطل وتبقى العين بأجر المثل، كمن استعار أمة لترضع ولده وصار لا يأخذ إلا ثديها فله أجر المثل إلى الفطام. وتمامه في الأشباه.

الثالث: أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في الانتفاع.

والرابع: عكسه، فلا يتعدى ما سماه له المعير. هكذا في السراج الوهاج.

وفي فتاوى القاضي ظهير الدين: إذا كانت العارية مؤقتة بوقت فأمسكها بعد الوقت فهو ضامن، ويستوي فيه أن تكون العارية مؤقتة نصاً أو دلالة، حتى أن من استعار قدوماً ليكسر الحطب فكسره وأمسك حتى هلك يضمن اهـ.

وفي البزازية: من الرابع من العارية: استعار قدراً لغسل الثياب ولم يسلمه حتى سرق ليلاً ضمن.

وفي جامع الفصولين: العارية لو مؤقتة فأمسكها بعد الوقت مع إمكان الرد ضمن، وإن لم يستعملها بعد الوقت هو المختار.

وفي الحامدية: والمكث المعتاد عفو. وانظر ما يأتي عند قول المصنف «فلو كانت مؤقتة فأمسكها بعده فهلكت ضمنها» اهـ. وانظر ما سنكتبه ثمة إن شاء الله تعالى، والقول في إطلاق العارية وتقييدها قول المعير. قوله: (أو فيه ضرر) يعني في رجوع المعير على المستعير. قوله: (فتبطل) أي بالرجوع. قوله: (كمن استعار أمة لترضع ولده) قيد بالأمة لأن الحرة لا تستعار، وعلل المسألة في العدة بأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً اهـ.

قال في الخانية: رجل استعار من رجل أمة لترضع ابناً له فأرضعته فلما صار الصبي لا يأخذ إلا ثديها قال المعير: اردد عليّ خادمي، قال أبو يوسف: ليس له ذلك: أي طلب الرد، وله أجر مثل خادمه إلى أن يفطم الصبي اهـ. قوله: (فله أجر المثل) أي للمعير، والأولى فعليه أي فعلى المستعير. قوله: (إلى الفطام) ومثله ما لو استعار دابة ليغزو عليها فطلبها بعد أن وصل إلى دار الشرك ولا يجد دابة يكتريها أو يشتريها في ذلك المحل بطلت العارية ولكنها تبقى في يده بأجر المثل إلى أن يجد كراء أو شراء. كذا في المنح. وينبغي أن يلحق بدار الحرب ما لو طلبها منه في المفازة، ويراد بقوله إلى موضع يجد فيه كراء أو شراء: أي بثمن وأجر المثل، حتى لو كان في مكان أو وصل إليه وطلب أزيد من أجر المثل أو ثمن المثل في الشراء ينبغي أن لا يكلف، وكذا لو وجد بثمن وأجر المثل لكن لم يوجد معه ثمة ما يشتري به أو يستأجر ولا يعطونه إلا حالاً، فليراجع. قوله: (وتمامه في الأشباه) حيث ذكر مسألتين فيها فقال: لو رجع في فرس الغازي قبل المدة في مكان لا يقدر على الشراء والكراء فله أجر المثل. وفيما إذا استعار أرضاً للزراعة وزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد ولو لم يوقت وتترك بأجر المثل اهـ. وعزا ذلك للخانية.

وفيها معزياً للقنية: تلزم العارية فيما إذا استعار جدار غيره لوضع جذوعه فوضعها ثم باع المعير الجدار ليس للمشتري رفعها، وقيل نعم إلا إذا شرطه وقت البيع.

قلت: وبالقيل جزم في الخلاصة والبزازية وغيرهما، واعتمده محشيها في تنوير

وعبارتها: كان للمستعير أن لا يدفعه إليه؛ لأنه ضرر بين، وعلى المستعير أجر المثل من الموضع الذي طلب صاحبه إلى أدنى الموضع الذي يجد فيه شراء أو كراء اهـ. ومنه يعلم ما في عبارة الأشباه من الإيجاز البالغ حد الإلغاز، وكذا في قوله إذا استعار أرضاً إلى قوله وتترك بأجر المثل.

قال في الخانية: ولو أن رجلاً أعار أرضاً ليزرعها ووقت لذلك وقتاً أو لم يوقت ولم يقارب الحصاد له ذلك.

وفي الاستحسان. لا يكون له ذلك حتى يحصد الزرع؛ لأن المستعير لم يكن مبطلاً في الزراعة فتترك الأرض في يده إلى الحصاد بالإجارة وتصير الإعارة إجارة اهـ. ومنه يعلم ما في كلام الأشباه من الإيجاز تأمل وسيأتي. قوله: (وفيها معزياً للقنية) لم أجده في القنية في هذا المحل.

وعبارة الأشباه: تلزم العارية فيما إذا استعار جدار غيره لوضع جذوعه ووضعها ثم باع المعير الجدار فإن المشتري لا يتمكن من رفعها. وقيل لا بد من شرط ذلك وقت البيع. كذا في القنية. فكان الأولى حذف نعم. قوله: (لوضع جذوعه) أو أرضاً لحفر سرداب. قوله: (وقيل نعم) مثل المشتري الوارث فيما ذكر، لكن للوارث أن يأمر برفع الجذوع والسرداب بكل حال اهـ. بيري: أي ولو مع شرط القرار وقت وضع الجذوع أو وقت حفر السرداب، بخلاف المشتري حيث لا يتمكن من الرفع مع هذا الشرط اهـ. أبو السعود. قوله: (إلا إذا شرطه وقت البيع) أي إذا شرط البائع بقاء الجذوع، والوارث في هذا بمنزلة المشتري إلا أن للوارث أن يأمره برفع البناء على كل حال كما في الهندية، ومنه يعلم أن من أذن لأحد ورثته ببناء محل في داره ثم مات فلباقي الورثة مطالبته برفعه إن لم تقع القسمة أو لم يخرج في قسمه.

وفي جامع الفصولين: استعار داراً فبنى فيها بلا أمر المالك أو قال له ابن لنفسك ثم باع الدار بحقوقها يؤمر الباني بهدم بنائه، وإذا فرط في الرد بعد الطلب مع التمكن منه ضمن. سائحاني. قوله: (قلت وبالقيل جزم في الخلاصة) وكذا في الخانية كما قدمنا عبارته قبيل دعوى النسب، وأفتى به الخير الرملي في فتاويه. قوله: (واعتمده محشيها في تنوير البصائر) قال فيها: ينبغي اعتماد القول بعدم لزومها في الصورة المذكورة، وللمشتري

البصائر، ولم يتعقبه ابن المصنف فكأنه ارتضاه، فليحفظ.

(ولا تضمن بالهلاك

المطالبة برفعها إلا إذا شرط قرارها وقت البيع لقولهم إن العارية غير لازمة كما في الخلاصة والبزازية وغيرهما.

وقد جزم بذلك صاحب الخلاصة في الفرع المذكور فقال: ولو أعار أو استأذن رجلاً في وضع الجذوع على الحائط أو حفر سرداباً تحت داره ففعل ثم باع صاحب الدار داره فطلب المشتري رفع الجذوع له ذلك وكذا السرداب، إلا إذا شرط وقت البيع قراره ومثله في جامع البزازي انتهى. والمراد بقوله: إلا إذا شرط: أي البائع، إذ لا يعتبر الشرط من المستعير، وفي صحة هذا الاشتراط من البائع نظر.

قال الشارح في باب البيع الفاسد: لو شرط أن يسكنها فلان أو أن يقرضه البائع أو للمشتري كذا فالأظهر الفساد. ذكره أخي زاده. وظاهر البحر ترجيح الصحة: أي فيما إذا كان الشرط فيه نفع للأجنبي، فما اعتمده صاحب تنوير البصائر من اشتراط إبقاء الجذوع على الحائط وحفر السرداب عارية أن يبقى ذلك في ملك المشتري بناء على ترجيح صاحب البحر من أن الشرط إذا كان للأجنبي لا يفسد البيع. تأمل وراجع البحر في باب البيع الفاسد، فإن ظاهره لا يفسد البيع، ولا يلزم الشرط.

فالحاصل: أنه لو شرط ما فيه نفع للأجنبي، قال بعضهم: يفسد البيع، وقال البعض: لا يفسد ولا يلزم الشرط، بل يكون المشترط بالخيار: إما أن يمضي البيع ويترك الشرط، أو يفسخه، ولم يقل أحد بلزوم الشرط، والقول بلزوم إبقاء الجذوع والسرداب مغاير للقولين. تأمل. وإنما قلنا وإبقاء السرداب عارية، لأنه لو كان ملكه ذلك وباع الباقي صح ذلك وامتنع رجوعه لخروج العين عن ملك المملك، فكذا المشتري لا يملك الرجوع، فليحرر. قوله: (ولم يتعقبه ابن المصنف) وكذا نقله السيد الحموي وأقره. قوله: (ولا تضمن بالهلاك) ولو في حال الاستعمال، وهذا إذا لم يتبين أنها مستحقة للغير، فإن ظهر استحقاقها ضمنها، ولا رجوع له على المعير؛ لأنه متبرع، وللمستحق أن يضمن المعير، ولا رجوع له على المستعير، بخلاف المودع والمخالفة منه حيث يرجع على المودع لأنه عامل له. بحر. وإنما ضمنها حينئذ لأنه تبين أنها ليست بعارية؛ لأن العارية تمليك المنفعة والتمليك إنما يكون من المالك وهذا غصب لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه. أما إذا ضمن المالك المعير فإنه يملكها بالضمان مستنداً إلى حين الإعارة فتبين أنه أعار ملكه فلذا لا يرجع على المستعير لتحقق العارية حينئذ، وهي لا تضمن، وإنما لا تضمن بالهلاك إذا كانت مطلقة، فلو مقيدة كأن يعيره يوماً، فلو لم يردها بعد مضيه ضمن إذا هلكت كما في شرح المجمع وهو المختار كما في العمادية انتهى

من غير تعدٍّ)، وشرط الضمان باطل كشرط عدمه في الرهن خلافاً للجوهرة (ولا تؤجر ولا ترهن) لأن الشيء لا يتضمن ما فوقه (كالوديعة) فإنها لا تؤجر ولا

قال في الشرنبلالية: سواء استعملها بعد الوقت أو لا. وذكر صاحب المحيط وشيخ الإسلام: إنما يضمن إذا انتفع بعد مضي الوقت لأنه حينئذ يصير غاصباً. أبو السعود. قوله: (من غير تعد) أما لو تعدى ضمن إجماعاً كما لو كبحها باللجام أو دخل المسجد وتركها في السكة فهلكت أو استعارها ليركبها فحبسها أو أخرجها ليسقيها في غير الجهة المعينة فهلكت، وكذا إذا استعار ثوراً ليحرث أرضه فقرنه بثور أعلى منه ولم تجر العادة بتلك فهلك، ولو تركه يرعى في المرج فضاع إن كانت العادة هكذا فلا ضمان إن لم يعلم أو كانت العادة مشتركة ضمن.

ولو نام في المفازة ومقود الدابة في يده فسرقت: إن كان مضطجعاً ضمن، وإن كان جالساً لا يضمن، وهذا في غير السفر. أما في السفر لا يضمن بالنوم مطلقاً إذا كان المستعار تحت رأسه أو موضوعاً بين يديه لا حواليه بحيث يعد حافظاً عادة. بحر.

قال في جامع الفصولين: إذا استعار ثوراً ليكرب أرضه فكرب أرضاً أخرى يضمن إذا عطب، وكذا لو قرنه بثور أعلى منه، كما إذا كان الثور المستعار قيمته خمسون وثور المستعير قيمته مائة بيرأ لو كان الناس يفعلون مثل ذلك، وإلا ضمن.

أقول: ينبغي أن لا يضمن لو كرب مثل الأرض المعينة أو أرخى منها، كما لو استعار دابة للحمل وسمى نوعاً فخالف لا يضمن لو حمل مثل المسمى أو أخف منه كما سيجيء انتهى. فتأمل. قوله: (وشرط الضمان باطل) هو ما عليه الأكثر كما قدمناه. قوله: (كشرط عدمه) أي عدم الضمان. قوله: (في الرهن) أي إذا هلك. قوله: (خلافاً للجوهرة) حيث جزمت بصيرورتها مضمونة بشرط الضمان ولم تنقل في رواية مع أن فيها روايتين كما يأخذ من عبارة الزيلعي وعما قدمناه عن الهندية.

وفي البزازية: أعرني هذا على أنه إن ضاع فأنا ضامن وضاع لا يضمن انتهى. وفي التحفة: إذا شرط الضمان في العارية هل يصح؟ فالمشايخ مختلفون فيه انتهى.

قوله: (لأن الشيء لا يتضمن ما فوقه) والإجارة أقوى للزومها. وأما الرهن فإنه إيفاء للدين عند الهلاك أو الاستهلاك، وليس له أن يوفي دينه من مال الغير بغير إذنه. قوله: (لا تؤجر ولا ترهن) للعلة المذكورة، وهي أن الإعارة دون الإجارة والرهن، والشيء لا يتضمن ما فوقه. درر. لأن الإجارة لازمة والرهن إيفاء: أي فيه إيفاء الدين بها من وجه فهو تمليك لها والعارية لا تمليك فيها، وهذا بغير إذن المالك كما يأتي، أما به فيصح، ولأنها غير لازمة في الأصل والإجارة لازمة، فلو ملك المستعير أن يؤجر العارية لوقعت إجارته إما لازمة أو غير لازمة، فإن وقعت غير لازمة يلزم عدم لزوم الإجارة

ترهن، بل ولا تودع ولا تعار، بخلاف العارية على المختار. وأما المستأجر فيؤجر

وهو خلاف موضوعها، وإن وقعت لازمة يلزم لزوم العارية وهو خلاف موضوعها، وذلك لأن الإجارة إذا لزمت تصير العارية لازمة لعدم إمكان الاسترداد فيها، ولا ترهن العارية أيضاً لأنها غير لازمة والرهن لازم، فلو جاز للمستعير أن يرهن العارية لزم لزوم ما لا يلزم وهو العارية، أو عدم لزوم ما لا يلزم وهو الرهن. ذكره الشمني. قوله: (ولا تودع) أي كما أن الوديعة لا تتضمن ما فوقها كذلك لا تتضمن مثلها. قوله: (ولا تعار) لأن العارية أقوى لأن فيها تمليك المنافع لأن المودع لا يملك الانتفاع والمعار يملكه. قوله: (بخلاف العارية) أي فإنها تودع وتعار: أي مطلقاً عند الإطلاق. أما عند التقييد بمستعمل فليس له أن يعير إلا إذا كان الاستعمال لا يختلف كالسكنى والحمل والزراعة، وإن شرط أن ينتفع هو بنفسه لأن التقييد فيما لا يختلف غير مفيد كما في شرح المجمع.

قال المصنف في شرحه: واختلفوا في إيداع المستعير. قال بعض المشايخ: ليس له أن يودع مطلقاً منهم الكرخي، واستدلوا عليه بمسألة ذكرها في الجامع أن المستعير إذا بعث العارية إلى صاحبها على يد أجنبي فهلكت في يد الرسول ضمن المستعير العارية، وليس ذلك إلا إيداعاً منه.

قال الباقاني: هذا القول أصح، لأن الإيداع تصرف في ملك الغير وهو العين بغير إذنه قصداً فلا يجوز، بخلاف الإعارة لأنه تصرف في المنفعة قصداً وتسليم العين من ضروراته فافترقا. وأكثرهم على أنه يجوز، منهم مشايخ العراق وأبو الليث والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل والصدر الكبير برهان الأئمة، لأن الإيداع دون الإعارة والعين وديعة عند المستعير في العارية، فإذ ملك الأعلى فالأولى أن يملك الأدنى. قال ظهير الدين المرغيناني: وعليه الفتوى اهـ. وجعل الفتوى على هذا في السراجية أيضاً.

وفي الصيرفية أن القول بأن العارية تودع أو لا تودع محله ما إذا كان المستعير يملك الإعارة، أما فيما لا يملكها لا يملك الإيداع، والله تعالى أعلم.

أقول: ومن الصور التي لا تملك فيها الإعارة ما لو انتهت مدتها وهو ما ذكره المصنف، ومنها ما لو عين المعير للمستعير أن لا يعير فيما يختلف بالاستعمال كركوب الدابة ولبس الثوب لأنهما يختلفان باختلاف المستعملين كما سيذكره المصنف. قوله: (وأما المستأجر) بفتح الجيم فيؤجر: أي من غير مؤجره، فلا تجوز وإن تخلل ثالث، به يفتى للزوم تمليك المالك، ولا يؤجره بأكثر مما استأجره، أطلقه وهو مقيد بما لا يختلف الناس بالانتفاع به.

قال في البزازية: إعارة المستأجر تجوز إلا في شيئين: استأجرها ليركبها بنفسه ليس له إركاب غيره لا بدل ولا مجاناً، وكذا لو استأجره ليلبسه ليس له الإعارة ولا الإجارة لغيره

ويودع ويعار ولا يرهن. وأما الرهن فكالوديعة. وفي الوهبانية نظم تسع مسائل لا يملك فيها تمليكاً لغيره بدون إذن سواء قبض أو لا، فقال: [الطويل]

وَمَــالِــكُ أَمْـــرٍ لا يُــمَــلِّـــكُـــهُ ....

لأنهما يختلفان باختلاف المستعمل، حتى لو استأجر دابة للركوب مطلقاً يقع على أول من يوجد، فإن ركب أو أركب تعين وليس له غيره بعد انتهى.

وفي الحانوتية: وقولهم يؤجر المستأجر ويعير ويودع فيما لا يختلف الناس في الانتفاع به انتهى.

وفي وديعة البحر عن الخلاصة. والوديعة لا تودع ولا تعار ولا تؤجر ولا ترهن، والمستأجر يؤجر ويعار ويودع، ولم يذكر حكم الرهن، وينبغي أن يرهن اهـ.

وفي قول الخلاصة: وينبغي نظر لأنه قد مر آنفاً في مختارات النوازل لصاحب الهداية أن المستأجر لا يرهن، اللهم إلا أن يكون في المسألة روايتان، أو سقطت كلمة «لا» من عبارة أن يرهن في الخلاصة سهواً من قلم الناسخ.

لا يقال: لعل مراد صاحب الخلاصة من قوله ينبغي أن يرهن هو الرهن لا المستأجر. لأنا نقول: لا محل لذلك الاحتمال لأنه ذكر في الخلاصة أيضاً في كتاب الرهن أن الرهن لا يرهن، أفاده في نور العين، ولذلك زدت في عبارته «لا» من غير تنبيه عليها في الوديعة عند قوله الدفع من في عياله. قوله: (ويودع) لكن الأجير المشترك يضمن بإيداع ما تحت يده، لقول الفصولين: ولو أودع الدلال ضمن، سائحاني. قوله: (ويعار) فيركب من شاء إذا استأجر له ويتعين أول من ركب كما يأتي. قوله: (ولا يرهن) لأن فيه إيفاء الدين وهو تمليك لعينه، والمستأجر إنما ملك منافعه لا عينه. قوله: (فكالوديعة) فلا يؤجر ولا يرهن ولا يودع ولا يعار.

قال في الأشباه: الوديعة لا تودع ولا تعار ولا تؤجر ولا ترهن، والمستأجر يؤجر ويعار ولا يرهن، والعارية تعار ولا تؤجر، وإنما جازت إعارة المعار والمؤجر للإطلاق في الانتفاع وهو معدوم في الإيداع.

فإن قيل: إن أعار فقد أودع. قلنا هذا ضمني لا قصدي، والرهن كالوديعة لا يودع ولا يعار ولا يؤجر. وأما الوصي فيملك الإيداع والإجارة دون الإعارة كما في وصايا الخلاصة، وكذا المتولي على الوقف والوكيل بقبض الدين بعد موته فلا يملك الثلاثة كما في جامع الفصولين. قوله: (ومالك أمر الخ) مالك مبتدأ وجملة لا يملكه صفة له، وقوله وكيل الخ هو الخبر.

قال الشارح ابن الشحنة: قد ذكرها قاضيخان مجموعة فقال

بـدو .... ن أمرٍ وكيـلٌ مُسْـتَـعيرٌ ومُؤجِرُ

الأولى: الوكيل ليس له أن يوكل فيما وكل فيه؛ لأنه فوض إليه التصرف دون التوكيل؛ والناس متفاوتون في الآراء وقد رضي برأيه دون رأي غيره، فلو أذن له في ذلك جاز.

الثانية والثالثة: المستعير والمستأجر وكل منهما ذكر له صورتين، فالمستعير إذا استعار دابة ليركبها ليس له أن يعيرها لغيره إلا أن يكون أمره بذلك أو أباحه له.

ولو استعار ثياباً أو قميصاً ليلبسه له أن يعيره لغيره بدون أمره. والأصل في ذلك أن العارية إذا كانت مما يختلف باختلاف المستعملين ليس للمستعير أن يعير بدون أمر المعير وإن كانت لا تختلف يجوز. والمستأجر لو استأجر دابة ليركبها بنفسه ليس له أن يؤجرها للغير لا للركوب ولا للحمل إلا بأمر المؤجر. ولو استأجر الثوب ليلبسه هو بنفسه ليس له أن يؤجره لغيره لما مر، وإلى ذلك أشار بقوله ركوباً ولبساً فيهما: أي في العارية والإجارة.

الرابعة: المضارب بفتح الراء ليس له أن يضارب غيره بغير إذنه.

الخامسة: المرتهن لا يملك أن يرهن الرهن بغير إذن الراهن فإنه رضي بحبسه لا بحبس غيره، فإن فعل فهلك عند الثاني كان للمالك أن يضمن أيهما شاء قيمة الرهن، فإن ضمن الأول لا يرجع على واحد، وإن ضمن الثاني له الرجوع على الأول.

السادسة: القاضي ليس له أن يستخلف بدون إذن الإمام ولم يذكر هذه المسألة قاضيخان هنا، وذكرها في الهداية، وهي مقيسة على الوكيل.

السابعة: المستودع لا يملك الإيداع عند أجنبي إلا أن يأذن له لأن المالك إنما رضي بيده دون يد غيره، والأيدي تختلف في الأمانة. وأيضاً الشيء لا يتضمن مثله كما مر.

الثامنة: المستبضع لا يملك الإبضاع، فإن أبضع وهلك كان لرب المال أن يضمن أيهما شاء، فإن سلم وحصل الربح كان لرب المال.

التاسعة: رجل أخذ أرضاً وبذراً ليزرعها، ولم يقل له صاحب الأرض اعمل فيها برأيك لا يدفع إلى غيره مزارعة، فإن كان البذر من قبل الآخر كان له أن يدفع إلى غيره مزارعة على كل حال. وقد عدها المصنف أحد عشر، فإنه جعل الركوب واللبس مسألتين مستقلتين، ولا يخفى أنهما صورتان تحت الإجارة والإعارة اهـ. قوله: (بدون أمر) أي من الأصيل، ونصف البيت الواو من دون. قوله: (وكيل) فليس له أن يوكل فيما وكل فيه لأنه فوض إليه التصرف دون التوكيل الخ. قوله: (مستعير) أي إذا استعار دابة ليركبها ليس له أن يعيرها لغيره، إلا أن يكون أمره بذلك، أو استعار قميصاً ليلبسه ليس له أن يعيره لغيره بدون أمر المعير الخ. قوله: (ومؤجر) بفتح الجيم: هو المستأجر بكسرها؛

رُكُوبًا وَلُبْسًا فِيهِمَا وَمُضَارِبٌ ... وَمُرْتَهِنٌ أَيْضًا وَقَاضٍ يُؤَمَّرُ
وَمُسْتَوْدَعٌ مُسْتَبْضِعٌ وَمُزَارِعٌ ... إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ عِنْدِهِ الْبَذْرُ يُبْذَرُ

قلت: والعاشرة: [الطويل]

وَمَا لِلْمُسَاقِي أَنْ يُسَاقِيَ غَيْرَهُ ... وَإِنْ أَذِنَ الْمَوْلَى لَهُ لَيْسَ يُنْكَرُ

(فإن آجر) المستعير (أو رهن فهلكت ضمنه المعير) للتعدي (ولا رجوع له) للمستعير (على أحد) لأنه بالضمان ظهر أنه آجر ملك نفسه.

يعني لو استأجر دابة ليركبها بنفسه أو قميصاً ليلبسه بنفسه ليس له أن يركب غيره ولا يحمل، وكذا ليس له أن يلبس القميص إلا بأمر. قوله: (ركوباً ولبساً فيهما) أي في المستعار والمؤجر: أي للركوب واللبس فيهما، فهو منصوب على المفعول لأجله، وإنما لا يملك المستعير والمستأجر ذلك في الركوب واللبس ونحوهما للاختلاف بالمستعمل إلا بالإذن. أما ما لا يختلف فله ذلك بدون الإذن، ولكن يخالف هذا ما يأتي متناً من قوله: «وله أن يعير ما اختلف استعماله أو لا».

وقال في الفتح: ومثله المستأجر، نعم هو صحيح فيما إذا عين المعير فإنه لا يعيره حينئذ بدون إذن فيما يختلف استعماله لكنه أطلق هنا المستعير والمؤجر، ووافقه عليه الشرنبلالية في شرحه، لكن الذي يظهر أنه هنا محمول على ما إذا قيد بلبسه وركوبه، وليحرر. قوله: (ومضارب) بكسر الراء فليس له أن يضارب بغير إذن. قوله: (ومرتهن) فلا يملك أن يرهن بغير إذن الراهن لأنه رضي بحبسه لا بحبس غيره الخ. قوله: (وقاض يؤمر) أي يستخلف فليس له أن يستخلف بدون إذن الإمام. قوله: (ومستودع) بفتح الدال لا يملك الإيداع عند أجنبي إلا أن يأذن له المالك الخ. قوله: (ومستبضع) فإنه لا يملك الإبضاع، فإن أبضع وهلك كان لرب المال أن يضمن أيهما شاء الخ. قوله: (ومزارع) أي من أخذ الأرض مزارعة وكان البذر من ربها لا يدفعها إلى غيره مزارعة بدون أمر، فإن كان البذر من قبل المزارع كان له أن يدفع إلى غيره مزارعة مطلقاً. قوله: (من عنده) أي المزارع. قوله: (يبذر) بالبناء للمجهول، حال من البذر ومن عنده خبر أو هو خبر كان، وقوله من عنده متعلق به. قوله: (وما للمساقي) ذكره ابن وهبان في فصل المساقاة والمزارعة. ووجه المنع أن الدفع إلى غيره فيما فيه إثبات الشركة في مال غيره بغير إذنه فلا يصح. قوله: (وإن أذن المولى) أي المالك فإنه من معانيه. قوله: (ضمنه) بتشديد الميم مبني للفاعل والمعير فاعل والضمير في ضمنه راجع للمستعير. قوله: (أجر ملك نفسه) أي وكذا رهن ملك نفسه في صورة الرهن. قوله: (ولا رجوع له على أحد) عبارة مسكين: على المستأجر، وهكذا فسره القهستاني وقال: فلا فائدة في النكرة العامة.

ويتصدق بالأجرة، خلافاً للثاني (أو) ضمن (المستأجر) سكت عن المرتهن.

وفي شرح الوهبانية: الخامسة: لا يملك المرتهن أن يرهن فيضمن، وللمالك

قال أبو السعود: وتعقبه شيخنا بأن طلب الفائدة ممنوع لجواز كون قيمة الرهن عشرين وكان رهناً بعشرة فلا يرجع بالزائد على المرتهن. قوله: (ويتصدق بالأجرة) أي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، لأنه صار بمنزلة الغاصب والغاصب إذا آجر يملك الأجرة ويتصدق بها لأنها حصلت بسبب خبيث وهو استعمال مال الغير فكان سبيله التصدق اهـ. إتقاني بزيادة. قوله: (خلافاً للثاني) بنظر وجهه. قوله: (سكت عن المرتهن) أي لو أن المستعير رهن العارية بدون إذن هل يضمن المرتهن أو لا؟ لم يذكر حكمه. ونقل عن شرح الوهبانية أن المرتهن لا يملك الرهن، فلو رهن وهلك الرهن للمالك الخيار، إن شاء ضمن المرتهن الأول، وإن شاء ضمن الثاني. فإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه غره في ضمن عقد. ويؤخذ منه جواب مسألتنا، لأن كلاً من المستعير والمرتهن لا يملكان الرهن، فكما أن المرتهن إذا رهن يخير المالك في تضمين أيهما شاء ويرجع الثاني على الأول إن ضمنه فكذلك الحكم في المستعير إذا رهن ومتى ضمن المرتهن الثاني والمرتهن من المستعير يرجع كل منهما بالدين على الراهن عنده لأنه تبين أن الدين لا رهن به لأنهم ملكاه بضمانه.

وفي حاشية أبي السعود على مسكين: قال الشرنبلالية: وسكت عما لو ضمن المرتهن فينظر حكمه. قال شيخنا: حكم المرتهن في هذه الصورة حكم الغاصب كما ذكره نوح أفندي لأنه قبض مال الغير بلا إذنه ورضاه فيكون للمعير تضمينه وبأداء الضمان يكون الرهن هالكاً على ملك مرتهنه، ولا رجوع له على الراهن المستعير بما ضمن، لما علمت من كونه غاصباً ويرجع بدينه اهـ. وتقييده بقوله ولا رجوع له على الراهن المستعير للاحتراز عما لو كان الراهن مرتهناً فإنه يرجع على الأول اهـ وهذا ما ذكره الشارح بقوله: (وفي شرح الوهبانية الخ) فليس بياناً لما سكت عنه المصنف كما يوهمه كلامه بل بيان لفائدة أخرى تأمل. ولكن ساقه الذي قدمناه قبل عبارة أبي السعود.

والحاصل: أن ما في شرح الوهبانية ليس مما نحن فيه، إذ كلامنا في رهن المستعير وما فيه في رهن المرتهن، وعليه فكان الأولى أن يقول لما سيأتي في كتاب الرهن من أنه إن قيده بقدر أو جنس أو مرتهناً تقيد، فإن خالف ضمن المعير المستعير أو المرتهن إلا إذا خالف إلى خير، فإن ضمن المستعير تم عقد الرهن، وإن ضمن المرتهن يرجع بما ضمن وبالدين على الراهن، وإن وافق وهلك عند المرتهن صار مستوفياً لدينه ووجب مثله للمعير على المستعير إن كان كله مضموناً، وإلا ضمن قدر المضمون والباقي أمانة الخ. قوله: (الخامسة) أي من مسائل النظم المتقدم قريباً وقد سلف ما فيه. قوله: (أن يرهن) أي

الخيار ويرجع الثاني على الأول (ويرجع) المستأجر (على المعير إذا لم يعلم بأنه عارية في يده) دفعاً لضرر الغرور.

(وله أن يعير ما اختلف استعماله أولاً إن لم يعين) المعير (منتفعاً، و) يعير (ما لا يختلف إن عين) وإن اختلف لا للتفاوت، وعزاه في زواهر الجواهر للاختيار

بدون إذن الراهن. قوله: (ويرجع الثاني) أي إن ضمن. قوله: (على الأول) يعني أن المرتهن لا يملك الرهن، ولو رهن وملك الرهن فللمالك الخيار، إن شاء ضمن المرتهن الأول: أي ولا يرجع على أحد كما في ابن الشحنة، وإن شاء ضمن الثاني، فإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه غره في ضمن عقد، فهذا ليس بياناً لما سكت عنه المصنف كما يوهمه كلامه كما عرفت. قوله: (إذا لم يعلم بأنه عارية في يده) بأن نص على الإطلاق كما سيذكره قريباً. أما إذا علم فلا رجوع لعدم الغرور. قوله: (ما اختلف استعماله أولاً) الأول كاللبس والركوب والزراعة والثاني كالسكنى والحمل والاستخدام. قوله: (إن لم يعين المعير منتفعاً) أي بأن نص على الإطلاق، كما لو استعار دابة للركوب أو ثوباً للبس له أن يعيرها ويكون ذلك تعييناً للراكب واللابس، فإن ركب هو بعد ذلك. قال الإمام علي البزدوي: يكون ضامناً. وقال السرخسي وخواهر زاده: لا يضمن. كذا في فتاوى قاضيخان، وصحح الأول في الكافي. بحر. وسيأتي قريباً.

أقول: وهذا بظاهره يخالف ما تقدم عن الوهبانية، والظاهر حمله على ما إذا لم يأمره المالك بذلك أو لم يبحه له، أما إذا أمره بذلك أو أباحه له فيجوز كما هنا وقدمناه عن شارحها.

وما في البحر عن المحيط: استعار دابة ليركبها فركب وأركب غيره فعطبت ضمن نصف قيمتها، معناه أنهما ركباها معاً لأن سبب العطب ركوبهما معاً وأحدهما مأذون فيه فلهذا ضمن النصف، حتى لو أركب غيره فقط ضمن الكل، هكذا استظهره العلامة أبو السعود. وقوله حتى لو أركب غيره: يعني بعد ما ركب هو لأن له أن يعير ما اختلف استعماله إن لم يعين منتفعاً كما سمعت. قوله: (إن عين) أي منتفعاً. قوله: (وإن اختلف لا) أي إن عين منتفعاً واختلف استعماله لا يعير للتفاوت. قالوا: الركوب واللبس مما اختلف استعماله، والحمل على الدابة والاستخدام والسكنى مما لا يختلف استعماله. قاله أبو الطيب. وقال الشمني: لأن التقييد بالمنتفع فيما لا يختلف استعماله لا يفيد لعدم التفاوت، بخلاف ما يختلف استعماله، لأن المعير رضي بذلك المعين دون غيره اهـ. مدني.

قال الشرنبلالية: أقول. هذا القيد ليس باحترازي لقول الزيلعي وإن كان لا يختلف يعني النفع كالسكنى والحمل جاز أن يفعل بنفسه وبغيره في أي وقت شاء، لأن التقييد

(ومثله) أي كالمعار (المؤجر) وهذا عند عدم النهي، فلو قال لا تدفع لغيرك فدفع فهلك ضمن مطلقاً. خلاصة.

(فمن استعار دابة أو استأجرها مطلقاً) بلا تقييد (يحمل) ما شاء (ويعير له)

بالانتفاع فيما لا يختلف لا يفيد، إلا أن يقال: إن للوصل وإن كان الأكثر استعمالها مقرونة بواو الحال على حد قوله تعالى: ﴿فَذَكِّرْ إِن نَّفَعَتِ الذِّكْرَىٰ﴾ [الأعلى: ٩] فإن فيه وصلية بدون واو وإن كان قليلاً اهـ.

أقول: هذا البحث ساقط غير وارد؛ لأن المصنف قدم أنه يعير مطلقاً إن لم يعين، وأفاد ثانياً أنه إن عين يعير ما لا يختلف.

وقال الشارح: وإن اختلف لا، فكان هذا تصريحاً بالمفهوم وتفصيلاً له، والشارح رحمه الله تعالى لم يعوّل على هذا البحث لما ذكرنا، وهذا إنما يرد على مثل عبارة العيني عند قول الكنز ويعير ما لا يختلف بالمستعمل: أي باختلاف المستعمل كالسكنى والحمل، هذا إذا صدرت مطلقة، وإن كانت مقيدة بشيء تتقيد به اهـ. فيرد عليه ما قاله من التقييد بالانتفاع فيما لا يختلف لا يفيد. قوله: (ومثله المؤجر) بفتح الجيم: أي إذا أجر شيئاً، فإن لم يعين من ينتفع به فللمستأجر أن يعيره سواء اختلف استعماله أو لا وإن عين يعير ما لا يختلف استعماله لا ما اختلف. منح. قوله: (مطلقاً) بلا تقييد.

أقول: الظاهر أنه أراد بالإطلاق عدم التقييد بمنتفع معين لأنه سيذكر الإطلاق في الوقت والنوع وإلا لزم التكرار. تأمل.

قال في التبيين: ينبغي أن يحمل هذا الإطلاق الذي ذكره هنا فيما يختلف باختلاف المستعمل كاللبس والركوب والزراعة على ما إذا قال على أن أركب عليها من أشاء، كما حمل الإطلاق الذي ذكره في الإجارة على هذا اهـ. فما أوهمه قول المؤلف بلا تقييد بالنظر لما يختلف لا يتم ط.

قلت: فعلى هذا يحمل قول المصنف سابقاً إن لم يعين بالنسبة للمختلف على ما إذا نص على الإطلاق لا على ما يشمل السكوت، لكن في الهداية: لو استعار دابة ولم يسمّ شيئاً له أن يحمل ويعير غيره للحمل ويركب غيره الخ فراجعها. قوله: (يحمل ما شاء) أي من أي نوع كان، لأن أمره بالانتفاع مطلقاً والمطلق يتناول أيّ انتفاع شاء في أيّ وقت شاء، وإليه التعيين بفعله إن شاء استعملها في الركوب أو في الحمل عليها، وأيّ ذلك فعل لا يمكنه أن يفعل غيره بعد ذلك، لأن المطلق إذا تعين بقيد لا يبقى مطلقاً بعد ذلك، ويشترط في الحمل أن تطيقه الدابة، أما لو كان لا تطيقه فهلكت ضمن لأنه ليس له ذلك حتى في دابة نفسه. ط بزيادة.

لتعينه (ويركب) عملاً بالإطلاق (وأياً فعل) أولاً (تعين) مراداً (وضمن بغيره) إن عطبت حتى لو ألبس أو أركب غيره ثم ركب بنفسه بعده هو الصحيح. كافي

(وإن أطلق) المعير أو المؤجر (الانتفاع في الوقت والنوع انتفع ما شاء أي وقت شاء) لما مر (وإن قيده) بوقت أو نوع،

أقول: الذي يظهر لي أن الإطلاق في غير الدواب المعدة للركوب خاصة، أما هي كأصائل الخيل المعروفة بالقسراوات من خيل العرب كالحمدانية والجلفاوية وكحيلة العجوز حتى المعطلة منها كالمسماة بسمار الخيل فإنها لا تحمل عادة وعرفاً، ولا يعدونها إلا كالأكاديش عرفاً، فلو حمل عليها ولو قدر طاقتها مما يحمل عادة على غيرها من بقية الخيل التي تحمل عادة وعطبت ينبغي أن يضمن. تأمل وراجع. قوله: (ويركب) بفتح أوله وضمه أي بنفسه وبغيره، وحذفه للعلم به من سابقه. قوله: (وضمن بغيره الخ) أي فيما يختلف بالمستعمل كما يفيده السباق والسياق. سائحاني. وقدمنا عن الزيلعي أنه ينبغي تقييد عدم الضمان فيما يختلف بما إذا أطلق الانتفاع فافهم. قوله: (هو الصحيح) فإن ركب وعطبت ضمن لأنه تعين بالفعل فيكون خلافه تعدياً.

قال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده: إنه لا يضمن. وهذا أصح عندي؛ لأن المستعير من المستعير إذا لم يضمن بالركوب أو اللبس؛ لأنه استعمل العين بإذن المستعير وتمليكه، فلأن لا يضمن إذا ركب بعد ذلك بنفسه بالطريق الأولى لأنه استعمله بملكه؛ لأنه لو لم يملك لما ملك غيره. وأقره الإتقاني. قوله: (ما شاء) أي أي نوع شاء وأي فعل تعين.

روى بشر عن أبي يوسف: إذا استعار دابة أو ثوباً فاستعمل في المصر ثم خرج بها من المصر واستعمل فهو ضامن، وإن لم يستعمل ففي الثوب لا يضمن لأن الخروج به حفظ، وفي الدابة يضمن لأن الخروج بها تضييع معنى كما في الذخيرة.

ومن استعار دابة ليركبها إلى مكان معلوم ففي أي طريق ذهب وكان مما يسلكه الناس لم يضمن، وإن كان مما لا يسلكه الناس ضمن، لأن مطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف كما في الفصول العمادية. قوله: (لما مر) من العمل بالإطلاق. قوله: (وإن قيده بوقت) أي ولو التقييد معنى، حتى لو استعار كتاباً ليحضر به درس فلان فمات أو ترك الدرس وجب رده لأنه مقيد معنى بمدة قراءة الكتاب وهو يحضره. وتقدم مسألة استعارة القدوم وهي نظيرها.

قال في البحر: وإذا قيدها بوقت فهي مطلقة إلا في حق الوقت، حتى لو لم يردها بعد الوقت مع الإمكان ضمن إذا هلكت سواء استعملها بعد الوقت أم لا، ولو كانت مقيدة بالمكان فهي مطلقة إلا من حيث المكان، حتى لو جاوزه ضمن؛ وكذا لو خالف ضمن، وإن كان هذا المكان أقرب من المكان المأذون فيه خلاصة.

أو بهما (ضمن بالخلاف إلى شر فقط) لا إلى مثل أو خير (وكذا تقييد الإجارة بنوع أو قدر) مثل العارية (عارية الثمنين والمكيل والموزون والمعدود المتقارب) عند الإطلاق

وفي فتاوى قاضيخان: إذا استعار دابة إلى موضع كذا كان له أن يذهب عليها ويجيء، وإن لم يسم له موضعاً ليس له أن يخرج بها من المصر اهـ. ومثله في جامع الفصولين. قوله: (أو بهما) أي فتتقيد من حيث الوقت كيفما كان، وكذا من حيث الانتفاع فيما يختلف باختلاف المستعمل، وفيما لا يختلف لا تتقيد لعدم الفائدة كما مر، وقد قيد هذا الأخير كما في البدائع، وتضمن بالخلاف إلى مثل أو خير ولم يذكر التقييد بالمكان، لكن أشار إليه الشارح في الآخر. وذكره المصنف قبل قوله «ولا تؤجر» فقال: استعار دابة ليركبها في حاجة إلى ناحية سماها فأخرجها إلى النهر ليسقيها في غير تلك الناحية ضمن إذا هلكت، وكذا إذا استعار ثوراً ليكرب أرضه فكرب أرضاً أخرى يضمن، وكذا إذا كرى ثوراً أعلى منه لم تجر العادة به.

وفي البدائع: اختلفا في الأيام أو المكان أو ما يحمل فالقول للمعير بيمينه. وفي الهداية: وإن اختلفا فيما يحمل على الدابة أو في مسافة الركوب والحمل أو في الوقت فالقول في ذلك كله للمعير بيمينه.

وفي جامع الفصولين: استعارها شهراً فهو على المصر، وكذا في إعارة خادم وإجارته وموصى له بخدمته اهـ. قوله: (لا إلى مثل) بأن استعار دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة من حنطة معينة فحمل عليها هذا القدر من حنطة أخرى أو ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره. قوله: (أو خير) بأن حمل قدر هذه الأقفزة المعينة من الشعير فإنه لا يكون ضامناً لأنه إنما يعتبر من تقييده ما يكون مفيداً، حتى لو سمى مقداراً من الحنطة وزناً فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير ففي القياس يضمن، واختاره الإمام السرخسي لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة. كذا في النهاية.

وصحح الولوالجي عدم الضمان، وخواهر زاده سوى بين الكيل والوزن وهو الصحيح، قال: لأنه أقل ضرراً، بخلاف القطن لأنه يأخذ ما وراء موضع الحمل وهو أضعف من الحمل وهو الاستحسان، وبه كان يفتي الصدر الشهيد كما في الفصول العمادية. قوله: (مثل العارية) على تقدير أي. قوله: (والمعدود المتقارب) مثل الجوز والبيض وكذلك الأقطان والصوف والإبريسم والمسك والكافور وسائر متاع العطر التي لا تقع الإعارة على منافعها قرض كما قدمناه. قوله: (عند الإطلاق) هو عدم وجود ما يقتضي الانتفاع بها مع بقاء عينها الذي سيشير إليه بقوله «حتى لو استعارها الخ». قوله:

(قرض) ضرورة استهلاك عينها، **(فيضمن)** المستعير **(بهلاكها قبل الانتفاع)** لأنه قرض، حتى لو استعارها ليعير الميزان أو يزين الدكان كان عارية، ولو أعاره قصعة ثريد فقرض، ولو بينهما مباسطة فإباحة.

(قرض) أي إقراض ولو كان قيمياً. بحر. لأن العارية بمعنى الإعارة كما مر وهي التمليك، وتمامه في العزمية. قوله: **(ضرورة استهلاك عينها)** يعني والعارية الحقيقية ما ينتفع بها مع قيام العين.

قال في التبيين: لأن الإعارة إذن في الانتفاع به، ولا يتأتى الانتفاع بهذه الأشياء إلا باستهلاك عينها، ولا يملك الاستهلاك إلا إذا ملكها فاقتضت تمليك عينها ضرورة وذلك بالهبة أو بالقرض، والقرض أدناهما ضرراً لكونه يوجب رد المثل وهو يقوم مقام العين اهـ: أي فوجب المصير إليه ولأن للقرض شبهاً بالعارية؛ لأن فيها يسترد عينها بعد الانتفاع، وفي القرض يسترد مثله والمثل يقوم مقام العين عند تعذرها، ومثله في الدرر والعيني. قالوا: هذا إذا أطلق الإعارة. وأما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعير بها ميزاناً أو يزين بها دكاناً لم يكن قرضاً، ولا يكون إلا المنفعة المسماة ذكره في الإيضاح. قوله: **(فيضمن المستعير بهلاكها قبل الانتفاع)** ويصح بيعه من مقرضه لأنه باع ملك نفسه.

ولو اشتراه من مقرضه لا يصح، لأنه اشترى ملك نفسه، ولو اشترى عليه من مقرض صح لأنه مقدور التسليم بكونه في ذمته، وإن تفرقا قبل قبضه بدله فسد للافتراق عن دين بعين، وإن نقد في المجلس صح لعدمه. ط عن الشلبي. قوله: **(حتى لو استعارها)** أي الثمنين وهو تفريع على مفهوم قوله عند الإطلاق. قوله: **(ليعير الميزان)** أي بالدنانير مثلاً. قال في القاموس: وعير الدنانير وزنها واحداً بعد واحد. وفي المختار. وعاير المكاييل والموازين عياراً، ولا تقل عير. والمعيار بالكسر: العيار والأصل عاير. والجوهري نهى عن أن يقال عير. يعقوبية. قوله: **(أو يزين)** بفتح الياء من زان وهو متعد، ومنه الحديث «ما دخل الرفق في شيء إلا زانه» ط. أو بضم الياء مع تشديد الياء الثانية من التزيين، ومنه قوله تعالى: ﴿وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ [النحل: ٨]. قوله: **(كان عارية)** لأنه أمكن العمل بحقيقة الإعارة وهو تمليك المنافع مع بقاء العين على ملك المعير ط. ولأنه عين الانتفاع، وإنما تكون قرضاً عند الإطلاق كما تقدم. قوله: **(فقرض)** فعليه مثلها أو قيمتها. خلاصة ومنح.

أقول: وهو مشكل؛ لأن القرض لا يكون في القيميات ولا يضمن بالقيمة. وجوابه: أن قرض القيمي فاسد وقدم الشارح أن المقبوض بقرض فاسد كالمقبوض ببيع فاسد أي فيكون مضموناً بالقيمة تأمل. وقدمناه. قوله: **(فإباحة)** ولا ضمان لأنه يستهلكها على ملك المبيح.

وتصح عارية السهم ولا يضمن لأن الرمي يجري مجرى الهلاك. صيرفية.

(ولو أعار أرضاً للبناء والغرس صح) للعلم بالمنفعة (وله أن يرجع متى شاء)

قال في الخانية: أعرتك هذه القصعة من الثريد فأخذها وأكلها كان عليه مثلها أو قيمتها. قال الفقيه أبو الليث: هذا إذا لم يكن بينهما دلالة الهبة والتهادي اهـ كما قدمناه. قوله: (وتصح عارية السهم) أي ليغزو دار الحرب لأنه يمكن الانتفاع به في الحال وأنه يحتمل عوده إليه برمي الكفرة بعد ذلك. منح عن الصيرفية. ونقل عنها قبل هذا أنه استعار سهماً ليغزو دار الحرب لا يصح، وإن لرمي الهدف صح؛ لأنه في الأول لا يمكن الانتفاع بعين السهم إلا بالاستهلاك؛ وكل عارية كذلك تكون قرضاً لا عارية. قوله: (لأن الرمي يجري مجرى الهلاك) أي من غير تعد للإذن فيه فلا يكون ضامناً. قوله: (صيرفية) عبارتها كما في المنح عنها: استعار سهماً، إن استعار ليغزو دار الحرب لا يصح، وإن استعار لرمي الهدف صح، لأنه في الأول لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك السهم، وكل عارية لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك ذلك العين تكون قرضاً لا عارية، لأنه لو غزا في دار الحرب ورمي إلى عدو ووقع السهم بينهم فلا يقدر على تخليصه فيكون مستهلكاً فلا يصح.

قلت: فرد: يصح لأنه يمكن الانتفاع به في الحال فإنه يحتمل عوده إليه برمي الكفرة بعد ذلك وأفتى قع بأنه يصح ثم قال اهـ. وتصح عارية السلاح، وذكر في السهم أنه لا يضمن كالقرض؛ لأن الرمي يجري مجرى الهلاك اهـ. وهذه النسخة التي نقلت منها هكذا، والذي في نسخة مصححة عليها خطوط بعض العلماء: وكان في الأصل مكتوباً لا يضمن فحك منها لفظة لا ويدل عليه تنظيره بقوله كالقرض؛ ولكن كان الظاهر على هذا أن يقال في التعليل، لأن الرمي يجري مجرى الاستهلاك فتعبيره بالهلاك يقتضي عدم الضمان، فتأمل وراجع. وقوله إن استعار ليغزو دار الحرب لا يصح: أي عارية، بل يكون قرضاً بدليل قوله بعد يكون قرضاً لا عارية، وأراد بالقرض الفاسد لأنه غير مثلي، فالذي نقله الشارح هو ملخص ما أشار إليه صاحبها بقوله قلت الخ. قوله: (والغرس) بفتح الغين وكسرها كما في البحر عن المغرب. قوله: (للعلم بالمنفعة) أي لأن منفعتها معلومة تملك بالإعارة. حرر. بل الإعارة أولى لكونها تبرعاً. قال سيدي الوالد رحمه الله تعالى: وفي هذا التعليل تأمل اهـ.

أقول: الظاهر أن وجه التأمل في التعليل كون العلم بالمنفعة في العارية لا يشترط، بخلاف الإجارة حيث يشترط فيها أن تكون المنفعة معلومة لما تقدم عن الشارح أوائل الكتاب عن العمادية من جواز إعارة المشاع معللاً بأن جهالة العين لا تفضي للمنازعة أو للجهالة لعدم لزومها اهـ. ومثله ما نقلناه ثمة عن البحر بأن جهالة المنافع لا تضر في العارية.

لما تقرر أنها غير لازمة (ويكلفه قلعهما إلا إذا كان فيه مضرة بالأرض فيتركان بالقيمة مقلوعين) لئلا تتلف أرضه (وإن وقت) العارية (فرجع قبله) كلفه قلعهما و(ضمن) المعير للمستعير (ما نقص) البناء والغرس (بالقلع)،

أما جهالة العين فمغتفرة إذا كانت تفضي إلى المنازعة اهـ. وحيث لم يشترط العلم بالمنفعة فيها لا يصلح تعليلاً لها وبه علم وجه التأمل. قوله: (لما تقرر أنها غير لازمة ويكلفه قلعهما) وأيهما طلب القلع أجيب. زيلعي. ولا يضمن ما نقص من البناء والغرس لعدم الغرور عند عدم التوقيت؛ لأنه شغل أرض المعير بهما فيؤمر بتفريغه إلا إذا شاء أن يأخذهما بقيمتهما فيما إذا كانت الأرض تستضر بالقلع فحينئذ يضمن له قيمتهما مقلوعين ويكونان له كي لا تتلف عليه أرضه ويستبد: أي يستقل هو بذلك لأنه صاحب أصل، بخلاف ما إذا كانت لا تستضر بالقلع حيث لا يجوز الترك إلا باتفاقهما، بخلاف القلع حيث لا يشترط فيه اتفاقهما كما في الزيلعي. قوله: (فرجع قبله) يكره الرجوع للخلف بالوعد لقوله ﷺ: «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»[1] إتقاني. وقيد بقوله قبله لأنه لو مضى الوقت فصاحب الوقت يقلع الأشجار والبناء ولا يضمن شيئاً عندنا إلا أن يضر القلع بالأرض فيتملك البناء والغرس بالضمان، ويعتبر في الضمان قيمته مقلوعاً، عناية عن المحيط. قوله: (وضمن المعير للمستعير ما نقص البناء والغرس) لأنه لما وقت وقتاً معلوماً فالظاهر الوفاء بما وعد، فقد اعتمد على قوله ووثق به، فقد غره بخلفه فيضمن، بخلاف غير الموقت، هذا ما مشى عليه في الكنز والهداية.

وذكر في البحر عن المحيط: ضمان القيمة قائماً إلا أن يقلعه المستعير ولا ضرر، فإن ضمن فضمان القيمة مقلوعاً.

وعبارة المجمع: وألزمناه الضمان، فقيل ما نقصهما القلع، وقيل قيمتهما ويملكهما، وقيل إن ضر يخير المالك: يعني المعير يخير بين ضمان ما نقص وضمان القيمة؛ ومثله في درر البحار والمواهب والملتقى. ولكنهم قدموا الأول، وبعضهم جزم به، وعبر عن غيره بقيل فلذا اختاره المصنف وهو رواية القدوري، والثاني رواية الحاكم الشهيد كما في غرر الأفكار.

فإن قلت: المغرور إنما يرجع بما لحقه من الضرر على الغار إذا كان في ضمن عقد المعاوضة، وهنا العارية عقد تبرع سواء وقت أم لم يوقت، فإنه بالتوقيت لا يلحق بالعقود اللازمة. حتى أن للمعير بعد التوقيت كان له الرجوع عن توقيته فيأخذ المستعار قبل مضي الوقت، فكيف جاز رجوع المغرور على الغار في ضمن عقد التبرع ولا يرجع الموهوب له من ضمان الاستحقاق على الواهب لأنه ثبت في ضمن عقد تبرع.

---

(١) أخرجه الترمذي (١٣٥٢) وابن ماجة (٢٣٥٣) وقد تقدم تخريجه متصلاً.

بأن يقوم قائماً إلى المدة المضروبة، وتعتبر القيمة يوم الاسترداد. بحر.

(وإذا استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه قبل أن يحصد الزرع وقتها أولا) فتترك بأجر المثل،

قلت: قال في المبسوط: الوجه فيه أن كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن فلا حاجة إلى الترقيت في تصحيح العارية شرعا، ثم لما وقت المعير مع ذلك لا بد أن يكون لذكر الوقت فائدة، وليس ذلك إلا التزام قيمة البناء والغرس. فكأنه أراد إخراجه قبله فصار تقرير كلامه كأنه قال ابن في هذه الأرض لنفسك على أن أتركها في يدك إلى كذا، فإن لم أتركها فأنا ضامن لك ما تنفق في بنائك ويكون بناؤك لي، فإن بدا له في الإخراج ضمن قيمة بنائه وغرسه ويكون كأنه بنى له بأمره من النهاية ملخصاً، وقوله وليس ذلك الخ بناه على ما ذكر الحاكم الشهيد. وأما على ما ذكره المصنف تبعاً للكنز والقدوري، فيقال: وليس ذلك إلا التزام ما نقص البناء والغرس بالقلع على الوجه المشروح، وقول الشارح «ما نقص البناء والغرس» أي نقصانه على أن ما مصدرية ويجوز أن تكون موصولة ونقص حينئذ من نقص المتعدي، فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين، وعلى الأول مرفوعين. كذا في العناية.

قال قاضي زاده: لا يظهر وجه صحة كون البناء والغرس منصوبين ها هنا، لأن الذي نقص البناء والغرس إنما هو القلع، فيصير المعنى على تقدير نصب البناء والغرس وضمن المعير قلع البناء والغرس، وليس هذا بصحيح، لأن القلع ليس من جنس ما يضمن بل هو سبب الضمان، وإنما المضمون قيمة البناء المنتقصة بالقلع ويمتنع أيضاً صحة المعنى على ذلك التقدير، إذ يصير المعنى حينئذ: وضمن المعير القلع بالقلع، ولا يخفى ما فيه، فالوجه رفع البناء والغرس لا غير. حموي. قوله: (بأن يقوم الخ) بيانه إذا أعاره أرضاً ليبني فيها أو يغرس مدة سنتين مثلاً ثم رجع في العارية وأمره بقلع بنائه وغرسه فيسأل أرباب الخبرة بأن هذا البناء والغرس لو بقي المدة المذكورة كم تساوي قيمته الآن، فإذا كان ألفاً مثلاً وقيمته الآن مقلوعاً مائة فيضمن تسعمائة. قوله: (إلى المدة المضروبة) فيضمن ما نقص عنها كما علمت. قوله: (وتعتبر القيمة) أي ابتداؤها. قوله: (يوم الاسترداد) أي يوم أراد رب الأرض استردادها لأن اعتبارها يوم الاسترداد أسهل كما في البحر عن الولوالجي. ومثله في أبي السعود. خلافاً لمن اعتبر قيمتها وقت مضي المدة. قوله: (قبل أن يحصد الزرع) من الإحصاد: أي يصير صالحاً للحصاد: حصد الزرع: جزه حصداً وحصاداً من باب طلب وضرب. كذا في المغرب. قال أبو السعود: من الثلاثي المجرد، قيل والأصح أن يقرأ بكسر الصاد من أحصد الزرع: إذا حان حصاده. قوله: (وقتها أو لا) يرتب استحساناً. قوله: (فتترك بأجر المثل) فإذا حصد الزرع طالبه

مراعاة للحقين، فلو قال المعير أعطيك البذر وكلفتك إن كان لم ينبت لم يجز بيع الزرع قبل نباته باطل وبعد نباته فيه كلام أشار إلى الجواز في المغني. نهاية.

(ومؤنة الرد على المستعير، فلو كانت مؤقتة فأمسكها بعده فهلكت ضمنها)،

بأجر المثل وإن لم يعقد، وكان الفقيه أبو إسحاق الحافظ يقول: إنما يجب الأجر إذا أجرها منه صاحبها أو القاضي وبدون ذلك لا يجب الأجر، فإن أبى المزارع ضمان أجر المثل وكره القلع وأراد تضمين رب الأرض قيمة الزرع اختلف كلام صاحب الملتقى، ففي موضع قال: له ذلك إلا أن يرضى رب الأرض بترك الزرع حتى يستحصد، وفي موضع قال: ليس له ذلك. هندية مختصراً مزيداً عليه. ونص في البرهان على أن تترك بأجر المثل استحسان. ثم قال عن المبسوط: ولم يبين في الكتاب أن الأرض تترك في يد المستعير إلى وقت إدراك الزرع بأجر أو بغير أجر، قالوا: ينبغي أن تترك بأجر المثل كما لو انتهت مدة الإجارة والزرع بقل بعد اهـ. شرنبلالية، ومثله في الزيلعي.

أقول: ونظيره ما سبق من إعارة أمة ترضع ولده وإعارة فرس للغزو الخ. قوله: (مراعاة للحقين) حق صاحب الأرض للعارية لثبوت الرجوع له فيها وحق صاحب الزرع لأنه مغرور بإذنه له في الزرع. قوله: (أشار إلى الجواز في المغني) وهو المختار كما في القنية.

وفي البحر بعد نقل هذه المسألة وعزوها إلى النهاية: ولو بنى حائطاً في الدار المستعارة استرد المعير الدار، فإذا أراد المستعير أن يرجع إليه بما أنفق ليس له ذلك، وليس له أن يهدم الحائط إن كان البناء من تراب صاحب الأرض. كذا في الخلاصة.

وفي المحيط: لو استعار أرضاً ليبني ويسكن وإذا خرج فالبناء لصاحب الأرض ولصاحب الأرض أجر مثلها مقدار السكنى والبناء للمستعير، لأن هذه إجارة معنى لأن الإجارة تمليك المنافع بعوض، ولما شرط البناء له كانت إجارة فاسدة لجهالة المدة والأجرة؛ لأن البناء مجهول فوجب أجر المثل اهـ. قوله: (على المستعير) لأنه قبض لمنفعة نفسه والرد واجب عليه. زيلعي. قوله: (ضمنها) أي سواء استعملها بعد الوقت أو لا، وهو مختار السرخسي، واختار صاحب المحيط وشيخ الإسلام أنه إنما يضمن إذا استعملها بعد الوقت، أما إذا استعملها فلا ضمان كما في الشرنبلالية عن المجمع، وفي الكافي أن العارية بعد مضي المدة تكون وديعة، وصححه في المجتبى حيث قال: والصحيح أن رد العارية لا يجب قبل الطلب وبعده يجب اهـ وهو حكم الوديعة، ففي المسألة قولان مصححان.

قال في البزازية: أعاره إلى الليل فهلك: قيل لا يضمن، وإن هلك في اليوم الثاني ذكر في الكتاب أنه يضمن. قيل أراد به إن انتفع في اليوم الثاني به فيكون غاصباً مخالفاً

لأن مؤنة الرد عليه. نهاية (إلا إذا استعارها ليرهنها) فتكون كالإجارة رهن الخانية (وكذا الموصى له بالخدمة مؤنة الرد عليه، وكذا المؤجر

بالانتفاع بعد مضي الوقت، أما إذا لم ينتفع لا يضمن كالمودع الموقت باليوم إذا أمسكها بعده لا يضمن، وقال السرخسي: يضمن على كل حال، واختاره القاضي، وفرق بين العارية والوديعة أن الإمساك في الوديعة للمالك لأنه بعد مضي الوقت بنى على القبض السابق وهو كان للمالك، وفي العارية الإمساك بعد مضي الوقت لنفسه، لأنه بنى على القبض السابق وذلك كان لنفسه وعدم الضمان في الوقت كان للإذن ولم يوجد بعد مضيه، ولأن مؤنة رد العارية على المستعير بالتقصير منه وفي الوديعة على المالك اهـ. ومثله في الخلاصة وجامع فتاوى الهداية. قال فيه: وهذا هو الأصح، وبه أفتى في الحامدية، وأقره عليه سيدي الوالد رحمه الله تعالى في العقود الدرية، وقدمنا أوائل الكتاب عند قوله ولعدم لزومها يرجع المعير متى شاء ولو موقتة.

عن فتاوى القاضي ظهير الدين: إذا كانت العارية موقتة بوقت فأمسكها بعد الوقت فهو ضامن ويستوي فيه أن تكون العارية موقتة نصاً أو دلالة حتى أن من استعار قدوماً ليكسر الحطب فكسره وأمسك حتى هلك يضمن، وتمامه ثمة فراجعه. قوله: (لأن مؤنة الرد عليه) أي أجرته عليه لأنه قبض العين لمنفعة نفسه والرد واجب عليه عيني، فيضمن إذا أمسكها بعد مضي الوقت لتقصيره فيكون مانعاً بعد مضي الوقت فيضمن، بخلاف المستأجر، لأنه لا يجب عليه الرد بل التخلية عند طلب المالك، فلو لم يوجد لم يوجد المنع فلا يضمن، ولا يخفى ما في كلام الشارح من التكرار بعد كون ما سلف مفرعاً عليه. قوله: (إلا إذا استعارها ليرهنها) أي فمؤنة الرد على المعير، لأن فيها نفع المالك بصيرورتها مضمونة عند الهلاك، فجعلنا حصول النفع بمنزلة حصول الأجرة للمؤجر، ولذا قال «فتكون كالإجارة». قوله: (فتكون كالإجارة) فإنها تصير مضمونة في يد المرتهن، وللمعير أن يرجع على المستعير بقيمته فكانت بمنزلة الإجارة، ولأن هذه إعارة فيها منفعة لصاحبها كما في الخانية، فقد حصل الفرق بين العارية للرهن وغيرها من وجهين: الأول هذا، والثاني ما مر في الباب عند قوله بخلاف المستعير والمستأجر أن مستعير الرهن لو خالف ثم عاد للوفاق برىء عن الضمان، بخلاف غيره، أفاده في البحر عن النهاية. قوله: (مؤنة الرد عليه) لأنه هو المنتفع بالعين ولوجوبه عليه ط. قال القاضي فخر الدين الماريني: وهذا لا رواية فيه ويجب أن تكون على الموصى له بالخدمة لأن قبضه لمنفعة نفسه فصار كالعارية اهـ. قوله: (وكذا المؤجر) لأن العين المؤجرة مقبوضة لمنفعة المالك لأن الأجر له به فإذا أمسكها المستأجر بعد مضي المدة لا يضمنها ما لم يطالبه صاحبها اهـ. ولا يجب على المستأجر ردها، وإنما يجب عليه التمكين والتخلية، فلا يكون عليه مؤنة الرد. ولا يقال:

والغاصب والمرتهن) مؤنة الرد عليهم لحصول المنفعة لهم، هذا

قبضه كان لمنفعة نفسه فوجب أن تكون المؤنة عليه. لأنا نقول: إنما حصل له منفعة وهي عرض يفنى، وما حصل للمؤجر عين تبقى فكان هو بالوجوب أولى اهـ. زيلعي. قوله: (والغاصب) أي عليه أجرة رد المغصوب لأن الرد إلى المالك واجب عليه والأجرة مؤنته فتجب عليه لأنه يجب عليه نسخ فعله وهو بردها إلى مالكها لأنه أزال يده عنها، ففي ردها براءة فكان عاملاً لنفسه. قوله: (والمرتهن) لأن قبضه قبض استيفاء فكان قابضاً لنفسه. زيلعي، ومثله في الوجيز وهو الظاهر.

وذكر في التحرير أنها على الراهن. وعبارته: مؤنة رد المرد على الراهن، لأن عينه أمانة في يد المرتهن ولهذا كان نفقته وكفنه على الراهن، والمضمون عليه إنما هو المالية والرد تصرف في العين لا في المالية، ومنفعة القبض وإن عادت على الراهن والمرتهن جميعاً باعتبار قضاء الدين وحصول الوثيقة، لكن ترجيح جانب الراهن بحكم الملك اهـ. ومثله في شرح الطحاوي للإسبيجابي، وعليه فيحتاج إلى التوفيق بين الموضعين، فتأمل. ثم رأيت الأستروشني في فتاواه ذكر كلاً من القولين من غير ترجيح لأحدهما، ولكن ذكر صاحب النهاية القول الأول فقط وشيد أركانه حيث قال: لأن الغنم حصل له ولهذا نختص به من بين سائر الغرماء حتى يستوفي دينه منه أولاً فكان الغرم عليه، وتبعه في الدرر، ولهذا تبعهم المصنف. ولم يذكروا الوديعة ومؤنة ردها على المودع بكسر الدال كما في الكنز، لأن منفعة حفظها عائدة إليه فكانت مؤنة ردها عليه. عيني.

وفي مؤيد زاده. مؤنة رد البيع فاسداً بعد الفسخ على القابض، ومؤنة رد المبيع بخيار رؤية أو شرط على المشتري.

ولو تقايلا البيع فعلى البائع مؤنة رد مبيع له حمل ومؤنة، والرد في الأجير المشترك كقصار وصباغ ونساج على الأجير، إذ الرد نقض القبض فيجب على من له منفعة القبض، ومنفعة القبض هنا للأجير إذ له عين وهو الأجرة، ولرد الثوب المنفعة والعين خير من المنفعة وكان الرد عليه، بخلاف ما إذا آجر قناً أو دابة فإن الرد على المالك إذ له العين وللمستأجر المنفعة، ورمز لشيء في ضمان النساج من فصل الضمانات أن مؤنة الرد على الأجير المشترك أم لا؟ فيه اختلاف. ولو شرطت على المالك فإنها عليه. كذا في الثالث والثلاثين من الفصولين. قوله: (هذا) اسم الإشارة راجع إلى كون مؤنة الرد على المؤجر: يعني إنما تكون عليه إذا أخرجه المستأجر بإذنه، أما إذا أخرجه بغير إذنه فعلى المستأجر فيكون كالمستعير لو آجره العين وأذن له في نقلها إلى حيث شاء فيجب عليه: أي على المستعير ردها لا على المستأجر. أما لو أخرجها بدون إذنه فيجب ردها على المستأجر أيضاً لتعديه بالنقل والإخراج بدون إذن المالك. وفي المنح عن المحيط. هذا إذا كان

أو الإخراج بإذن رب المال، وإلا فمؤنة رد مستأجر ومستعار على الذي أخرجه إجارة. البزازية. بخلاف شركة ومضاربة هبة قضي بالرجوع. مجتبى. **(وإن رد المستعير الدابة مع عبده، أو أجيره مشاهرة)** لا مياومة **(أو مع عبد ربها مطلقاً)**

الإخراج بإذن رب المال، ولو بلا إذن فمؤنة الرد عليه مستأجراً أو مستعيراً اهـ. وكان الأولى ذكره قبل الغاصب لأنه راجع إلى كون مؤنة الرد على المؤجر. قوله: **(أو الإخراج بإذن رب المال)** أي إلى بلد آخر مثلاً، والظاهر أن المراد بالإذن الإذن صريحاً، وإلا فالإذن دلالة موجود. تأمل. سيدي الوالد رحمه الله تعالى. قوله: **(بخلاف شركة)** أي رد رأس مال الشركة فيها، وفي المضاربة والبضاعة واللقطة والآبق فإنها على صاحب المال. منح.

وفي إجارة الظهيرية: فإن شرط أجر الرد على المستأجر فسدت؛ وحكي عن المرغيناني أنها جائزة، ويجعل اشتراط الرد على المستأجر بمنزلة الزيادة اهـ. والأصل أن مؤنة الرد تجب على من وقع القبض له. أبو السعود. قوله: **(قضي بالرجوع)** أي فيها فإنها على الواهب. منح. والأولى للمؤلف أن يزيد لفظ فيها. قوله: **(مجتبى)** الذي فيه مؤنة الرد تجب على مالكها رد اللقطة والآبق ورد نصف مهر المطلقة قبل الدخول وهو عين، وليس فيه تعرض لما كان النقل فيه بإذن مالكه أولاً. نعم ينبغي الإطلاق لأن مقتضى الشركة والمضاربة الإذن في النقل عند الإطلاق، وكذا الهبة لأنه قد ملكه إياها، وللمالك أن ينقل ملكه حيث شاء، وكذا المرأة تملك المهر بالقبض، لكن ينافيه ما قدمناه قريباً عن سيدي الوالد رحمه الله تعالى من أن الظاهر أن المراد بالإذن صريحاً، وإلا فالإذن دلالة موجود، اللهم إلا أن يخص بما ذكر ثمة وأن المذكور هنا على ما ذكرنا فيحصل الفرق. تأمل. قوله: **(وإن رد المستعير الدابة مع عبده)** كذا لو ردها إلى اصطبل مالكها أو رد العبد إلى دار سيده لأنه أتى بالتسليم المتعارف، وهذا لأن الاصطبل أو الدار في يد المالك، ولو ردهما على المالك كان يردها إلى الاصطبل أو الدار فكان الرد إليهما رداً على المالك. هـ. زيلعي. وهذا في الاستحسان، والقياس أنه يضمن لأنه لم يردها إلى صاحبها وإنما ضيعها تضييعاً، وهو قول الثلاثة. عيني.

وجه الاستحسان ما ذكرناه من أنه أتى بالتسليم المتعارف، لأن رد العواري إلى دار الملاك معتاد كآلة البيت. بحر عن الهداية. وذكر التمرتاشي عن أبي سلمة أنه إذا كان الإصطبل خارج الدار لا يبرأ، لأن الظاهر أنها تكون هناك بلا حافظ كما في المنح. وقيل هذا في عادتهم كما في البيانية. قوله: **(أو أجيره مشاهرة)** يعلم منه حكم الأجير مسانهة بالأولى لأنه يعد مع من في عيال المستعير. قهستاني. قوله: **(لا مياومة)** عللوه بأنه لم يكن في عياله، وهو يفيد أنه لو كان في عياله يبرأ لو هلك قبل الوصول من غير تعد. ويحرر. ط. قوله: **(أو مع عبد ربها)** أي مع من في عيال المعير. قهستاني.

يقوم عليها أولا في الأصح (أو أجيره) أي مشاهرة كما مر فهلكت قبل قبضها (برئ) لأنه أتى بالتسليم المتعارف (بخلاف نفيس) كجوهرة (وبخلاف الرد مع الأجنبي) أي (بأن كانت العارية مؤقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الأجنبي) لتعديه بالإمساك بعد المدة (وإلا فالمستعير يملك الإيداع).

قال في التبيين: وجه الاستحسان أن كل واحد من المعير والمستعير يحفظ دوابه بسائسه، والدفع إليه كالدفع إلى صاحبها عادة، ولو دفعها إلى المالك لدفعها هو إلى السائس وحفظه بسائسه كحفظه بنفسه، فيكتفى منه بالتسليم إلى السائس أو من السائس إلى السائس أو من السائس إلى المالك. هـ. قوله: (يقوم عليها أولا) لأنه يدفع إليه في بعض الأوقات فيكون رضا المالك موجودا دلالة، وقيل لا يبرأ إلا إذا دفعها إلى من يقوم بها: أي يتعهدها كالسائس. وقوله (يقوم عليها الخ) بيان للإطلاق في عبارة المصنف. قوله: (بخلاف نفيس) هذا مفهوم التقييد بالدابة. قال في التبيين: وهذا في الأشياء التي تكون في يد الغلمان عادة، وأما إذا لم تكن في أيديهم عادة كعقد لؤلؤ ونحوه فردها المستعير إلى غلام صاحبها أو وضعها في داره أو إصطبله يضمن لأن العادة لم تجر به في مثله اهـ.

ويفهم منه أنه إذا كانت العادة تجري في تسليم مثل هذه الأشياء أنه يكفي تسليمه إلى غلامه كالحصن بالحوذار عند أصحاب الدول هل يكفي تسليمها إليه؟ الذي يظهر نعم لأن العرف جرى بذلك عادة، ومثله ما إذا كان له أحد ممن في عياله يقوم بسائر مصالحه من قبض وصرف ونحوهما، فليراجع. قوله: (ثم بعثها مع الأجنبي) معطوف على قوله بخلاف. قوله: (لتعديه بالإمساك بعد المدة) حتى إذا هلكت في يده ضمن، فكذا إذا تركها في يد الأجنبي. زيلعي.

ويؤخذ منه أن سبب الضمان ليس ردها مع الأجنبي، لأن الدفع إلى الأجنبي إيداع والمستعير يملكه كما يملك الإعارة، إذ الإعارة أقوى منه لأن الإعارة إيداع وتمليك المنفعة، بل سببه انقضاء وقت العارية، حتى لو أمسكها بعده فهلكت في يده بعد مضي مدتها ضمنها كما قدمنا، فكذا في يد الأجنبي، ولذا قال لتعديه بالإمساك كما يؤخذ من عبارة الزيلعي. قوله: (وإلا فالمستعير يملك الإيداع) إشارة إلى فائدة اشتراط التوقيت. قال الزيلعي: وهذا: أي قوله بخلاف الأجنبي يشهد لمن قال من المشايخ إن المستعير ليس له أن يودع.

وعلى المختار تكون هذه المسألة محمولة على ما إذا كانت العارية مؤقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الأجنبي، لأنه بإمساكها بعدها يصير متعديا، فكذا إذا تركها في يد الأجنبي اهـ. وفي البرهان: وكذا ينبغي يبرأ لو ردها مع أجنبي على الصحيح بناء على ما قال مشايخ

فيما يملك الإعارة (من الأجنبي)

العراق من أن المستعير يملك الإيداع، وعليه الفتوى؛ لأنه لما ملك الإعارة مع أن فيها إيداعاً وتمليك المنافع فلأن يملك الإيداع وليس فيه تمليك المنافع أولى، وأولوا قوله وإن ردها مع أجنبي ضمن إذا هلكت بأنها موضوعة فيما إذا كانت العارية مؤقتة وقد انتهت باستيفاء مدتها وحينئذ يصير المستعير مودعاً وللمودع لا يملك الإيداع بالاتفاق اهـ. شرنبلالية. فالقول بعدم إيداع المستعير ذهب إليه الكرخي. قال البقالي: وهذا أصح، وما مشى عليه المصنف من أنه يملكه هو قول مشايخ العراق، وبه أخذ أبو الليث والفضلي.

قال في التمرتاشية: وإليه أشار محمد في الأصل. وقال في الكافي: وعليه الفتوى، فبناء هذه المسألة على مذهب الكرخي ظاهر، أما قول المفتى به فمحمول على انتهاء الإعارة لانقضاء المدة بأن كانت مؤقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الأجنبي كما في البحر.

قلت: لا فرق في إيجاب الضمان بين رد نفسه ورد غيره لو هلكت بعد مضي المدة، فحينئذ قيد الأجنبي لا يفيد. تدبر. أو بأن استعارها فاستخدمها وبعد انقضاء العمل ردها مع الأجنبي فهلكت يضمن، لما سبق من أنه لو عمل بعمل يتعين ذلك، وليس له أن يعمل آخر بعمل والإيداع عمل آخر فيضمن فيظهر منه أنه لو ردها معه قبل الاستخدام ينبغي أن لا يضمن، فظهر أن هذا الحمل أولى. على أنه لما انتهى العمل والإعارة صارت وديعة عند المستعير فيصير مودعاً وهو لا يملك الإيداع بالاتفاق ولذلك يضمن كما في الكافي وغيره.

قال سيدي الوالد رحمه الله تعالى بعد كلام: لكن تقدم متناً أنه يضمن في المؤقتة، وفي جامع الفصولين: لو كانت العارية مؤقتة فأمسكها بعد الوقت مع إمكان الرد ضمن، وإن لم يستعملها بعد الوقت هو المختار سواء توقتت نصاً أو دلالة، حتى أن من استعار قدوماً ليكسر حطباً فكسره فأمسك ضمن ولو لم يوقت اهـ. فعلى هذا فضمانه ليس بالإرسال مع الأجنبي إلا أن يحمل على ما إذا لم يمكنه الرد. تأمل. ومع هذا يبعد هذا التأويل التقييد أولاً بالعبد والأجير فإنه على هذا لا فرق بينهما وبين الأجنبي حيث لا يضمن بالرد قبل المدة مع أي من كان ويضمن بعدها كذلك، فهذا أدل دليل على قول من قال ليس له أن يودع، وصححه في النهاية كما نقله عنه في التاترخانية. قوله: (فيما يملك الإعارة) وهو ما لا يختلف، وظاهره أنه لا يملك الإيداع فيما يختلف وليس كذلك. وعبارة الزيلعي: وهذا لأن الوديعة أدنى حالاً من العارية، فإذا كان يملك الإعارة فيما لا يختلف فالأولى أن يملك الإيداع على ما بينا، ولا يختص بشيء دون شيء، لأن الكل لا يختلف في حق الإيداع وإنما يختلف في حق الانتفاع اهـ. اللهم إلا أن يقال: ما عبارة عن الوقت، أي في وقت يملك الإعارة، وهو قبل مضي المدة إذا كانت موقتة وهو بعيد كما لا يخفى.

به يفتى. زيلعي. فتعين حمل كلامهم على هذا؛ وبخلاف رد وديعة ومغصوب، إلى دار المالك فإنه ليس بتسليم.

(وإذا استعار أرضاً) بيضاء **(للزراعة يكتب المستعير)** إنك أطعمتني أرضك لأزرعها فيخصص لئلا يعم البناء ونحوه

تأمل. أفاده سيدي الوالد رحمه الله تعالى. قوله: **(به يفتى)** لم يصرح الزيلعي بالفتوى، وإنما قال المختار كما علمته من عبارته السابقة، وصرح بها صاحب البحر فقال: وقد تقدم أن المختار المفتى به جوازه اهـ. قوله: **(فتعين حمل كلامهم)** أي في الضمان بالدفع إلى الأجنبي. قوله: **(على هذا)** أي على ما إذا دفعها له بعد مضي الوقت، لكن لا يخفى أن الضمان حينئذ بسبب مضي المدة لا من كونه بعثها مع الأجنبي، إذ لا فرق حينئذ بينه وبين غيره. قوله: **(وبخلاف)** معطوف على قول المتن بخلاف، وكان الأولى ذكره هناك. تأمل. قوله: **(رد وديعة ومغصوب الخ)** لأن الوديعة للحفظ ولم يرض بحفظ غيره، إذ لو رضي به لما أودعها عنده، وبخلاف الغصب؛ لأنه صار متعدياً بإثبات يده في العين وبإزالة يد صاحبها فلا بد من إزالة يده، وإثبات يد صاحبها وذلك بالتسليم حقيقة، أما في الدفع إلى الغلام فيضمن بدفع الوديعة إلى غلام المالك لا إلى غلام نفسه. زيلعي مختصراً ط. قوله: **(إلى دار المالك)** وكذا لعياله عناية والمستأجر كالوديعة. قوله: **(فإنه)** كذا في الهداية. قوله: **(ليس بتسليم)** لكن مسألة الغصب خلافية. ففي الخلاصة قال مشايخنا: يجب أن يبرأ.

قال في الجامع الصغير: للإمام قاضيخان: السارق والغاصب لا يبرآن بالرد إلى منزل ربها أو مربطه أو أجيره أو عبده ما لم يردها إلى مالكها اهـ. قوله: **(للزراعة)** قيد به لأنه لو استعارها لمطلق الانتفاع يكتب أعرتني على الظاهر لأنه أدل على العموم ط. قوله: **(يكتب المستعير)** الظاهر أن هذا على سبيل الأولى، وهذا عند أبي حنيفة لأن لفظة الإطعام أدل على المراد من الإعارة لأنها تختص بالزراعة، وإعارة الأرض تارة تكون للزراعة وتارة تكون للبناء ونصب الفسطاط، فكانت الكتابة بلفظ الإطعام أولى ليعلم أن غرضه الزراعة. وعندهما: يكتب أنك أعرتني لأن الإعارة هي الموضوعة لهذا العقد، والكتابة بالموضوع أولى.

وفائدة الكتابة أمن جحود المستعير عند تطاول المدة أو موت المعير وأمن المستعير من لزوم الأجر بدعوى المعير أنه إنما آجره اهـ. أبو السعود. قوله: **(إنك أطعمتني)** بفتح الهمزة لأنها وقعت مفعولاً ليكتب فهي مصدرية، ويجوز كسرها على معنى أنه يكتب هذا اللفظ: أعني قوله «إنك أطعمتني أرضك» أبو السعود. قوله: **(لأزرعها)** اللام للتعليل. قوله: **(فيخصص)** قال في التبيين: لأن الإطعام إذا أضيف إلى ما لا يؤكل يعرف منه المراد

(العبد المأذون يملك الإعارة، والمحجور إذا استعار واستهلكه يضمن بعد العتق ولو أعار) عبد محجور عبداً محجوراً (مثله فاستهلكها، ضمن) الثاني

به الاستغلال والتمكين من الزراعة، بخلاف لفظ الإعارة فإنها تنتظم الزراعة والبناء والغراس ونصب الخيام، وعلى هذا ينبغي أن يكتب في كل فصل ما هو أدل على المقصود فيقول في استعارة الأرض إنك أطعمتني كذا لأزرعها ما أشاء من غلة الشتاء والصيف اهـ بتصرف ط. قوله: (العبد المأذون يملك الإعارة) لأنها من صنيع التجار، وكذا الصبي المأذون. هندية.

وفي البزازية استعار من صبي مثله كالقدوم ونحوه إن مأذوناً وهو ماله لا ضمان، وإن لغير الدافع المأذون يضمن الأول لا الثاني، لأنه إذا كان مأذوناً صح منه الدفع وكان التلف حاصلاً بتسليطه، وإن الدافع محجوراً يضمن هو بالدفع والثاني بالأخذ لأنه غاصب انتهى. ويأتي تمامه قريباً قوله (والمحجور الخ) أشار إلى أن المأذون لو استعار يضمن للحال إذ الإذن شمل الإعارة والاستعارة فيظهر تصرفه في حق سيده، وأما المحجور فلا يملك شيئاً من ذلك، لكنه إن استعار فقد سلطه المعير على الحفظ، فلو استهلكها لا تظهر في حق سيده لعدم إذنه في ذلك ويظهر في حق نفسه فيضمن بعد العتق، هذا إذا كان المعير مطلق التصرف، فلو كان عبداً محجوراً ومثله الصبي المحجور والمجنون لم يصح تسليطه لحجره، فباستهلاك المستعير صار متلفاً مال الغير بغير إذن معتبر ولا تسليط صحيح، والحجر إنما يكون عن الأقوال لا عن الأفعال كما يأتي فيضمنه في الحال. قوله: (بعد العتق)؛ لأن المعير سلطه على إتلافه وشرط عليه الضمان فصح تسليطه وبطل الشرط في حق المولى. درر. قوله: (ولو أعار عبد محجور عبداً محجوراً مثله) فعبد الأول فاعل أعار ومحجور صفته وعبد الثاني مفعول أعار ومحجوراً صفته.

قال في الهندية: صبي استعار من صبي شيئاً كالقدوم ونحوه وذلك الشيء لغير الدافع فهلك بيده: إن كان الصبي الأول مأذوناً لا يجب على الثاني وإنما يجب على الأول، لأنه إذا كان مأذوناً صح الدفع وكان الهلاك بتسليطه، ولو كان ذلك الشيء للأول لا يضمن، وإن كان الأول محجوراً عليه يضمن هذا بالدفع ويضمن الثاني بالأخذ اهـ. والظاهر أن الحكم كذلك في العبدين فتأمل إلا أن يحمل ما هنا على أن المدفوع مال سيد الأول ط. قوله: (ضمن الثاني) بالاستهلاك لأنه أخذه بغير إذن فكان غاصباً، ولا عبرة للإعارة لأنها مال الغير فكأنه استهلكه من يد صاحبه. وإنما يضمن الثاني للحال لعدم التسليط من مالكها فيكون ديناً متعلقاً برقبته للحال فيباع فيه، بخلاف الأول لوجود التسليط من المالك. كذا في الأشباه من كتاب الحجر ذكره بعض الفضلاء.

أقول: الذي ذكره في الأشباه: إذا أودع صبي محجور ومثله وهي ملك غيرهما

(للحال؛ ولو استعار ذهباً فقلده صبياً فسرق) الذهب (منه) أي من الصبي (فإذا كان الصبي يضبط) حفظ (ما عليه) من اللباس (لم يضمن) وإلا ضمن لأنه إعارة (والمستعير يملكها (وضعها) أي العارية (بين يديه فنام فضاعت لم يضمن لو نام جالساً) لأنه لا يعدّ مضيعاً لها (وضمن لو نام مضطجعاً) لتركه الحفظ.

فللمالك تضمين الدافع أو الآخذ. قال في جامع الفصولين: وهي من مشكلات إيداع الصبي.

قلت: لا إشكال لأنه يضمنها الصبي لعدم التسليط من مالكها وهنا لم يوجد كما لا يخفى انتهى. فتأمل. قوله: (ولو استعار ذهباً) أي حيث قامت القرينة على أنه يريد الانتفاع به مع بقاء عينه، أما عند الإطلاق فيكون قرضاً على ما تقدم فيضمنه بكل حال. قوله: (حفظ) الأولى الإتيان به مضارعاً بياناً ليضبط ط. قوله: (لم يضمن) أي المستعير لأنه لم يضيع، إذ للمستعير أن يعير. قوله: (وإلا ضمن) لأنه ضيعه حيث وضعه عند من لا يعقل حفظه كذا في المحيط. درر. قوله: (لأنه إعارة) تعليل لعدم الضمان، وأما ضمانه فيما إذا كان الصبي لا يضبط فلأنه إضاعة فيكون به متعدياً، وهذا إذا فارق الصبي، أما عند عدم المفارقة ينبغي أن لا يضمن لعدم التضييع إلا إذا كان بإتلاف الصبي. قوله: (والمستعير يملكها) أي الإعارة فلا يكون مضيعاً. قوله: (وضعها) أي المستعير. قوله: (بين يديه) أي يدي المستعير. قوله: (وضمن لو نام مضطجعاً) هذا في الحضر، وأما في السفر لا يضمن نام قاعداً أو مضطجعاً والمستعار تحت رأسه أو بين يديه أو بحواليه لأنه يعدّ حافظاً، وفي غير السفر لو جعله تحت رأسه لا يضمن لأنه حافظ؛ ألا يرى أن السارق من تحت رأس النائم يقطع وإن كان في الصحراء كما في البزازية.

قال في جامع الفصولين: المستعير إذا وضع العارية بين يديه ونام مضطجعاً ضمن في حضر لا في سفر ولو نام فقطع رجل مقود الدابة في يده لم يضمن في حضر وسفر، ولو أخذ المقود من يده ضمن لو نام مضطجعاً في الحضر، وإلا فلا اهـ.

وفي البزازية: نام المستعير في المفازة ومقودها في يده فقطع السارق المقود لا يضمن وإن جذب المقود من يده ولم يشعر به يضمن. قال الصدر الشهيد: هذا إن نام مضطجعاً، وإن جالساً لا يضمن في الوجهين، وهذا لا يناقض ما مر أن نوم المضطجع في السفر ليس بترك للحفظ؛ لأن ذاك في نفس النوم وهذا في أمر زائد على النوم اهـ.

وفيها: استعار مرآ للسقي واضطجع ونام وجعل المر تحت رأسه لا يضمن لأنه حافظ؛ ألا ترى أن السارق من تحت رأس النائم يقطع وإن كان في الصحراء وهذا في غير السفر، وإن في السفر لا يضمن نام قاعداً أو مضطجعاً والمستعار تحت رأسه أو بين يديه

(ليس للأب إعارة مال طفله) لعدم البدل، وكذا القاضي والوصي.

(طلب) شخص (من رجل ثوراً عارية فقال أعطيك غداً فلما كان الغد ذهب الطالب وأخذه بغير إذنه واستعمله فمات) الثور (لا ضمان عليه) خانية عن إبراهيم ابن يوسف، لكن في المجتبى وغيره أنه يضمن.

أو بحوائجه يعد حافظاً اهـ. ومثله في الوجيز، لكن زاد في الخانية بعد قوله: ولو أن السارق حل النقود في يده وذهب بالدابة ولم يعلم به المستعير كان ضامناً؛ لأنه إذا نام على وجه يمكن حل النقود من يده وهو لا يعلم يكون تضييعاً الخ.

أقول: ولعل مراده بوجه التضييع النوم مضطجعاً كما أشار إليه بعد، وقدمناه موضحاً فلا تنسه. قوله: (ليس للأب إعارة مال طفله) هذا ما عليه العامة وأجازه بعضهم، وليس له أن يعير نفس الولد كما ذكره شمس الأئمة في شرح كتاب الوكالة. وأما الصبي المأذون إذا أعار ماله صحت الإعارة كما في الخانية.

وفي الهندية: وذكر شمس الأئمة في أول شرح الوكالة أن الأب يعير ولده، وهل له أن يعير مال ولده؟ بعض المتأخرين من مشايخنا قالوا له ذلك، وعامة المشايخ على أن ليس له ذلك. كذا في المحيط. فإن فعل وهلك كان ضامناً اهـ. لكن في أحكام الصغار للأستروشني من مسائل العارية أن جواز إعارة ولده إذا كان في تعليم الحرفة بأن دفعه إلى أستاذه ليعلمه الحرفة ويخدم أستاذه؛ أما إذا كان بخلاف ذلك لا يجوز اهـ. قوله: (لعدم البدل) أي لأنه تصرف بلا بدل. قوله: (وكذا القاضي) مخالف لما في الهندية حيث قال: وفي شرح بيوع الطحاوي للقاضي أن يعير مال اليتيم. كذا في الملتقط. ولعل الفرق أن القاضي عنده قدرة الاستيفاء بخلاف الأب، إلا أنه لا مصلحة للولد فيه بل يكون ضرراً محضاً بالهلاك فإنها لا تضمن به اهـ ط.

أقول: وهذا نظير إقراض مال اليتيم فإن للقاضي ذلك دون أبيه، وعللوه بما علل به الطحاوي، فتأمل. قوله: (لكن في المجتبى وغيره أنه يضمن) وبه جزم في البزازية حيث قال: لأنه أخذ بلا إذنه اهـ.

أقول: ووجهه ظاهر؛ لأنه وعده بالإعارة ولم يعره ولم يأذن له بالأخذ.

قال في البزازية: ولو استعار من آخر ثوره غداً فقال نعم فجاء المستعير غداً وأخذه فهلك لا يضمن لأنه استعار منه غداً وقال نعم فانعقدت الإعارة، وفي المسألة الأولى وعد الإعارة لا غير اهـ.

أقول: وبهاتين الصورتين اللتين صورهما البزازي ظهر أنهما مسألتان مختلفتان لا مسألة واحدة فيها قولان. أولاهما الضمان. وثانيهما عدمه؛ لأن وجه الضمان في الأولى كما علمته أنه وعد ولا يجب الوفاء به فبأخذه يكون متعدياً فيضمن، ووجه عدم الضمان

(جهز ابنته بما يجهز به مثلها ثم قال كنت أعرتها الأمتعة إن العرف مستمراً) بين الناس (أن الأب يدفع ذلك) الجهاز (ملكاً لا إعارة، لا يقبل قوله) إنه إعارة لأن الظاهر يكذبه (وإن لم يكن) العرف (كذلك) أو تارة وتارة (فالقول له) به يفتي، كما لو كان أكثر مما يجهز به مثلها فإن القول له اتفاقاً (والأم) وولي الصغيرة (كالأب) فيما ذكر وفيما يدعيه الأجنبي بعد الموت لا يقبل إلا ببينة شرح وهبانية،

في الثانية أنه عند الإعارة وبين وقت الإعطاء فبأخذه يكون مأذوناً فلا يضمن، ولعل ما قاله الطحطاوي على عبارة الشارح من أنهما قولان، وعزا في الهندية الأول إلى مجموع النوازل، والثاني إلى فتاوى أبي الليث على الصورة الثانية، فليس هما قولين بل هما مسألتان كما علمت، فتأمل. قوله: (جهز ابنته) أي الكبيرة. أما لو اشترى لها في صغرها فلا سبيل لورثته عليه ويكون للبنت خاصة. أفاده المصنف. قوله: (لا يقبل قوله) يعني سواء كان ذلك في حياتها أو بعد موتها. قوله: (أو تارة وتارة) عطفه بأو يفيد أنه غير ما قبله، وليس كذلك بل هو صادق بصورتين، إذ النفية تصدق بنفي الموضوع، فمعناه لم يعرف أصلاً أو عرف تارة وتارة أو أن أو بمعنى بل. قوله: (به يفتي) وقيل لا يصدق في أنه عارية إلا أن يشهد بها عند التجهيز، وقيل يصدق مطلقاً لأنه هو الدافع، فما لم يقر بالتمليك يكون القول قوله، وقيل إن كان الأب من كرام الناس وأشرافهم لا يقبل قوله في الإعارة وإن كان من أوساط الناس كان القول قوله. والمختار للفتوى أنه إن كان العرف مستمراً أن الأب يدفع ذلك الجهاز ملكاً لا إعارة لا يقبل قوله، وإن كان العرف مشتركاً فالقول قول الأب مع يمينه. وقد أفاده الشارح بقوله «مما يجهز به مثلها» وأفتى قارىء الهداية بقوله القول قول الأب والأم أنهما لم يملكاها وإنما هو عارية عندكم مع اليمين إلا أن تقوم دلالة أن الأب والأم يملكان مثل هذا الجهاز للابنة اهـ. وتقدم الكلام على ذلك مستوفى في باب المهر، فراجعه إن شئت. قوله: (فإن القول له) ظاهره أن القول له حيث في الجميع لا في الزائد على جهاز المثل، وليحرر سيدي الوالد رحمه الله تعالى، لكن خالفه الرحمتي بقوله: فإن القول له: أي فيما زاد على ما تجهز به مثلها اهـ. فتأمل وراجع. قوله: (وولي الصغيرة) أي إذا جهزها بجهاز. قوله: (فيما ذكر) أي في اعتبار العرف وهذا الحكم في الأم والولي بحث لابن وهبان. قال العلامة عبد البر: وفي قول عندي نظر: أي فإن الغالب من حاله العارية، بخلاف الأبوين لمزيد شفقتهما، ولكن حيث كان العرف مستمراً أن الولي يجهز من عنده فلا نظر، وذكر المصنف في باب المهر أن الأم كالأب وأن حكم الموت كحكم الحياة مد. قوله: (وفيما يدعيه الأجنبي) أي من أنه أعار المتوفى هذا الشيء لا يصدق إلا ببينة، وله أن يحلف الوارث إن أنكر على العلم كما هو الحكم في نظائرها ط. والأظهر من هذا أن يقال: والحكم فيما يدعيه الأجنبي

وتقدم في باب المهر.

وفي الأشباه (كل أمين ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقها قبل قوله) بيمينه (كالمودع إذا ادعى الرد والوكيل والناظر) إذا ادعى الصرف إلى الموقوف عليهم.

كذلك: أي لو جهزها الأجنبي ثم ادعى أنه عارية بعد موتها لا يقبل قوله إلا ببينة، لأن الظاهر أنه لا يجهزها ويتركه في يدها إلى الموت إلا بمالها، بخلاف الأب والأم فإنهما يجهزانها بمال أنفسهما، لكن يكون ذلك تمليكاً تارة وتارة عارية، ولذا قال شارح الوهبانية: وفي الولي عندي نظر الخ: أي في جعله كالأب والأم لأن الظاهر في غيرهما أنه لا يجهزها إلا بمالها. قوله: (كالمودع إذا ادعى الرد) وكذا الوصي إذا ادعى دفعها: أي دفع الأمانة المعينة إلى ربها، ولو منكر لا يمين. حموي. أما المرتهن فلا يقبل قوله في الرد كما في جامع الفصولين. قوله: (والوكيل) كالوكيل بالبيع مثلاً إذا ادعى هلاك الأمانة أو تسليمها إلى ربها كان القول قوله مع اليمين اهـ. بيري. والأولى أن يقول: إذا ادعى هلاك المبيع أو الثمن أو ورد المبيع إلى الموكل ط. قوله: (والناظر) قال بعض الفضلاء: ينبغي أن يقيد ذلك بأن لا يكون الناظر معروفاً بالخيانة كأكثر نظار زماننا، بل يجب أن لا يفتوا بهذه المسألة قاتلهم الله ما أطمعهم اهـ. قال بعض الفضلاء: والتقييد بالموقوف عليهم ربما يفيد أنه إذا ادعى دفع ما هو كالأجرة مثل معلوم الفراش والمؤذن والبواب ونحوهم من أرباب الجهات لا يقبل قوله إلا ببينة، وبه أفتى شيخ الإسلام أبو السعود العمادي مفتي السلطنة العلية.

وصورة السؤال: هل إذا ادعى المتولي دفع غلة الوقف إلى من يستحقها شرعاً هل يقبل قوله في ذلك أم لا؟ الجواب: إن ادعى الدفع إلى من عينه الواقف في الوقف كأولاده وأولاد أولاده يقبل قوله بيمينه، وهو المراد بقولهم الموقوف عليهم لعدم ملاحظة جانب الإجارة فيهم، وإن ادعى الدفع إلى الإمام بالجامع والبواب ونحوهما لا يقبل قوله؛ كما لو استأجر شخصاً للبناء بالجامع بأجرة معلومة ثم ادعى تسليم الأجرة له فإنه لا يقبل قوله اهـ. قال الشيخ محمد الغزي التمرتاشي: وهو تفصيل حسن خصوصاً في زماننا اهـ.

وقال المولى عطاء الله أفندي في مجموعته: سئل شيخ الإسلام زكريا أفندي عن هذه المسألة: يعني مسألة قبول قوله فأجاب بأنه إن كانت الوظيفة في مقابلة الخدمة فهي أجرة لا بد للمتولي من إثبات الأداء بالبينة وإلا فهي صلة وعطية يقبل في أدائها قول المتولي مع يمينه. وأفتى من بعده من المشايخ الإسلامية إلى هذا الزمان على هذا متمسكين بتجويز المتأخرين الأجرة في مقابلة الطاعات. لكن قال التمرتاشي في كتابه (شرح تحفة الأقران) بعد ذكر هذه الفتوى: وهو فقه حسن غير أن علماءنا على الإفتاء بخلافه اهـ.

قلت: فالمذكور في الإسعاف والخصاف ووقف الكرابيسي والأشباه من الأمانات

والزاهدي عن وقف الناصحي وغيره أنه يقبل قوله في الدفع إلى الموقوف عليهم بدون تفصيل في ذلك، إلا أن يحمل على الذرية لا على المرتزقة فيحصل التوفيق بين الكلامين بلا مين، وقد اعتمد تفصيل المولى أبي السعود ابن التمرتاشي المذكور في كتاب الزواهر على الأشباه والنظائر لكن بدون عزو إلى كتاب كما ذكره الشارح هنا عن أخي زاده على صدر الشريعة بالزيادة التي ذكرها، وهي أنه لا يضمن ما أنكروه بل يدفعه ثانياً من مال الوقف، فليحفظ.

قال العلامة الخير الرملي في حاشيته على البحر: والجواب عما تمسك به العمادي أنها ليس لها حكم الإجارة من كل وجه، وقد تقدم أن فيها شوب الأجرة والصلة والصدقة، ومقتضى ما قاله أنه يقبل قوله في حق براءة نفسه لا في حق صاحب الوظيفة لأنه أمين فيما في يده، فيلزم الضمان في الوقف لأنه عامل له وفيه ضرر بالوقف، فالإفتاء بما قاله العلماء متعين، وقول الغزي هو تفصيل في غاية الحسن فليعمل به في غير محله، إذ يلزم منه تضمين الناظر إذا دفع لهم بلا بينة لتعديه فافهم اهـ.

قال سيدي الوالد رحمه الله تعالى: تفصيل المولى أبي السعود في غاية الحسن باعتبار التمثيل بالأجرة إذا استعمل الناظر رجلاً في عمارة يحتاج إلى البينة في الدفع له فهي مثلها، وقول العلماء محمول على الموقوف عليهم من الأولاد لا أرباب الوظائف المشروط عليهم العمل؛ ألا ترى أنهم إذا لم يعملوا لا يستحقون الوظيفة، فهي كالأجرة لا محالة، وهو كأنه أجير فلو اكتفينا بيمين الناظر يضيع عليه الأجر لا سيما نظار هذا الزمان، والله المستعان اهـ. وهل يقبل قوله بعد عزله؟ فقد أفتى بعض المحققين بأنه يقبل قوله في الدفع للمستحقين مع يمينه ما دام ناظرا اهـ. لكن في حاشية الأشباه من كتاب الأمانات قال بعض الفضلاء: إنه يقبل قوله في النفقة على الوقف بعد العزل ويخرج منه قبول قوله في الدفع للمستحقين بعد التأمل، فإنه قال: لم يتعرض المصنف لحكم المتولي بعد العزل هل يقبل قوله في النفقة على الوقف من المال الذي تحت يده أم لا؟ لم أره صريحاً، لكن ظاهر كلامه أن قوله مقبول في ذلك إذا وافق الظاهر لتصريحهم بأن القول قول الوكيل بعد العزل في دعواه أنه باع ما وكل في بيعه وكانت العين هالكة، وفيما إذا ادعى أنه دفع ما وكل بدفعه في براءة نفسه وبأن الوصي لو ادعى بعد موت اليتيم أنه أنفق عليه كذا يقبل قوله، وعللوه بأنه أسنده إلى حالة منافية للضمان، وقد صرحوا بأن المتولي كالوكيل في مواضع.

ووقع خلاف في أن المتولي وكيل الواقف أو وكيل الفقراء فقال أبو يوسف بالأول، وقال محمد بالثاني.

يعني من الأولاد والفقراء وأمثالهما. وأما إذا ادعى الصرف إلى وظائف المرتزقة فلا يقبل قوله في حق أرباب الوظائف، لكن لا يضمن ما أنكروه له بل يدفعه ثانياً من

وما هو صريح في قبول قول الوكيل ولو بعد العزل فرع: في القنية قال: وكله وكالة عامة بأن يقوم بأمره وينفق على أهله من مال الموكل ولم يعين شيئاً للإنفاق بل أطلق ثم مات الموكل فطالبه الورثة ببيان ما أنفق ومصرفه: فإن كان عدلاً يصدق فيما قال، وإن اتهموه حلفوه وليس عليه بيان جهات الإنفاق، ومن أراد الخروج عن الضمان فالقول قوله، وإن أراد الرجوع فلا بد من البينة انتهى. هذا صريح في قبول قوله في دعوى الإنفاق ولو بعد العزل، وتحقيقه أن العزل لا يخرجه عن كونه أميناً فينبغي أن يقبل قول الوكيل بقبض الدين أنه دفعه لموكله في حياته في حق براءة نفسه كما أفتى به بعض المتأخرين كما تقدم هذا في الحموي.

ويستفاد من ذلك أن الناظر يصدق بيمينه في الدفع للمستحقين بعد عزله، كالوكيل في قبض الدين إذا مات الموكل وصدقته الورثة في القبض وكذبوه في الدفع فالقول قوله بيمينه، لأنه بالقبض صار المال في يده وديعة، فتصديقهم له بعد اعترافهم بأنه مودع كاف، فإن حلف برىء، وإن نكل لزمه المال كما يأتي قريباً الكلام عليه. وقد أفتى المرحوم الوالد بأنه يصدق بيمينه ما دام ناظراً ولم يذكر نقلاً، والمسألة تحتاج إلى نقل صريح من كتاب صحيح حتى يطمئن القلب في الجواب بالقبول أو عدمه بما يرى في الكتاب، والله الموفق للصواب. قوله: **(يعني من الأولاد والفقراء)** بيان للموقوف عليهم. قوله: **(وأمثالهما)** كالعلماء والأشراف. وقيل المراد بالأمثال أولاد الأولاد والنسل والعقب والأقارب والعتقاء. وقال بعض الفضلاء: ينبغي أن يقيد بأن لا يكون الناظر معروفاً بالخيانة كأكثر نظار زماننا، بل يجب أن لا يفتوا بهذه المسألة كما قدمناه قريباً، ونقله ط عن الحموي. قوله: **(المرتزقة)** مثل الإمام والمؤذن والبواب والفراش لأن له شبهاً بالأجرة، بخلاف الأولاد ونحوهم لأنه صلة محضة.

قال ط: والفرق أن استحقاق نحو الأولاد لم يكن بمقابلة عمل فكان صلة محضة، بخلاف استحقاق الإمام ونحوه فإن له شبهاً بالأجرة، وشبه المفتي أبو السعود ذلك بما إذا استأجر شخصاً للبناء في الجامع بأجرة معلومة ثم ادعى تسليم الأجرة إليه فإنه لا يقبل قوله كما قدمناه آنفاً. قوله: **(لكن لا يضمن ما أنكروه له الخ)** أي عدم قبول قوله إنما هو في حقهم فلا يلزمهم وصول ما ادعى إيصاله إليهم بدون بينة؛ لأن ما يأخذونه صلة من وجه وفيه شبه الأجرة، فاعتبره لا يسقط حقهم بمجرد قوله لكنه أمين في حق ما في يده من المال فلا يلزمه الضمان، وحينئذ يدفعه لهم ثانياً من مال الوقف لأنه حيث لم يسقط حقهم وهو متعلق بالوقف ولم يضمن هو ما تلف في يده لكونه أميناً لم يبق إلا

مال الوقف كما بسطه في حاشية أخي زاده.

قلت: وقد مرّ في الوقف عن المولى أبي السعود، واستحسنه المصنف وأقره ابنه، فليحفظ (وسواء كان في حياة مستحقها أو بعد موته)، إلا في الوكيل بقبض الدين إذا ادعى بعد موت الموكل أنه قبضه ودفعه له في حياته لم يقبل قوله إلا ببينة

الرجوع على الوقف ثانياً. قوله: (وأقره ابنه) بل قال في حاشية الأشباه: وهو تفصيل حسن خصوصاً في زماننا انتهى. قوله: (مستحقها) أي الأمانات أو بعد موته.

أقول: أو إلى وكيله، قال الشارح في شرحه على الملتقى في أواخر الوقف: وكذا يقبل قوله: أي الناظر لو ادعى الدفع للمرتوف عليهم ولو بعد موتهم إلا في نفقة زائدة خالفت الظاهر اهـ.

قال في شرح تحفة الأقران: فالوكيل بقبض الوديعة إذا قال له المودع دفعتها إليك والوكيل ينكر صدق في حق دفع الضمان عن نفسه لا في إلزام الضمان على الوكيل. قوله: (إلا في الوكيل بقبض الدين) أي من المدين، والصواب إسقاط في قيل على ما تحرر أنه يقبل قول الوكيل المذكور في حق نفي الضمان عن نفسه لا في حق إيجاب الضمان على الغير لا يحتاج إلى استثناء هذه المسألة من الكلية، إلا أن يقال: استثناؤها بالاعتبار الثاني، وقد وهم في هذه المسألة كثيرون، وقد حررها الفاضل الحموي هنا وفي كتاب الوكالة بما لا مزيد عليه.

قال بعض الفضلاء: وأفاد الحصر قبول القول مع وكيل البيع، يؤيده ما في وكالة الأشباه: إذا قال بعد موت الموكل بعته من فلان بألف درهم وقبضتها وهلكت وكذبته الورثة في البيع فإنه لا يصدق إذا كان المبيع قائماً بعينه، بخلاف ما إذا كان هالكاً اهـ. قوله: (إذا ادعى بعد موت الموكل) أما إذا ادعى القبض والدفع للموكل حال حياته فأنكر الموكل يقبل قوله ولو كان فيه إيجاب الضمان على الغير، ويقبل قوله أيضاً في نفي الضمان عن نفسه فلا يرجع الغريم عليه؛ لأن قبضه منه بالنسبة إليه ثابت سواء صدقه في الدفع أو كذبه اهـ. أبو السعود. قوله: (لم يقبل قوله) إذا كذبه الورثة في القبض والدفع، وعدم قبوله حينئذ بالنسبة إلى إيجاب الضمان على الميت لأن الديون تقضى بأمثالها، فبادعائه الدفع إليه يوجب عليه مثل ما قبض ويلتقي قصاصاً بماله على المدين وهو لا يملك ذلك؛ لأنه بموت الموكل انعزل عن الوكالة، وقد حكى أمراً لا يملك استئنافه، وفيه إيجاب للضمان على الغير فلا يصدق في ذلك؛ وصرحوا في كتاب الوكالة أنه إذا صدق المديون وكيل الغائب في الوكالة صار المال المدفوع إليه أمانة لتصديقه عليها فانتفى رجوعه عليه، فلو أقام بينة على الدفع للوكيل قبلت واندفعت الورثة وإذا صدقه الورثة في القبض والدفع فالأمر ظاهر. وإذا صدقه الورثة في القبض أو ثبت ببينة وكذبوه في الدفع فالقول قوله؛

(بخلاف الوكيل بقبض العين) كوديعة قال قبضتها في حياته، وهلكت وأنكرت الورثة أو قال دفعتها إليه فإنه يصدق لأنه ينفي الضمان عن نفسه، بخلاف الوكيل بقبض الدين لأنه يوجب الضمان على الميت وهو ضمان مثل المقبوض فلا يصدق. وكالة الولوالجية.

قلت: وظاهره أنه لا يصدق لا في حق نفسه ولا في حق الموكل، وقد أفتى بعضهم،

لأنه مودع بعد القبض لما نصوا عليه من أن الوكيل بقبض الدين يصير مودعاً بعد قبضه فيجري عليه أحكام المودع، فإذا صدقوه في القبض صاروا مقرين بأن المال في يده وديعة ط.

أقول: وكذلك الوصي بعد عزله إذا قال قبضت ودفعته أو هلك مني وكذبه من له عليه الطلب شرعاً في القبض لم يقبل قوله إلا ببينة، لأنه بعد العزل لا يملك إنشاء القبض، وفيه إيجاب الضمان على الغير إذ الديون تقضى بأمثالها، ومن حكى أمراً لا يملك إنشاءه وفيه إيجاب الضمان على الغير لا يقبل قوله، ولو لم يكن معزولاً وكان له ولاية القبض بأن كان وصي الميت مطلقاً أو القاضي وأذن له في القبض قبل قوله في ذلك، فقد صرح في التاترخانية بأن الوصيّ إذا أقر باستيفاء الدين جاز وذلك لأنه يملك إنشاء القبض وقد قل من حرّر هذه المسألة بل لم أطلع على من حررها غيري، فتأمل. ذكره العلامة الرملي.

فرع: الوصي إذا وفى الدين بعد ثبوته وإذن القاضي ثم ظهر دين آخر فإنه لا يرجع عليه وإنما يشاركه. والله تعالى أعلم. أفاده سيدي الوالد رحمه الله تعالى في تنقيحه في الباب الثالث من كتاب الوقف. قوله: (بخلاف الوكيل بقبض العين) هي أصل المسألة فلا يحتج إلى هذه الزيادة. قوله: (في حياته) أي الموكل. قوله: (لأنه ينفي الضمان عن نفسه) أي وليس المقصود هنا الإيجاب على الموكل. قوله: (وهو ضمان مثل المقبوض) الذي يقع به التقاص هنا على المديون لأن الديون تقضى بأمثالها. قوله: (قلت وظاهره) أي ظاهر ما في الولوالجية. قوله: (لا في حق نفسه) أي فيضمن، ولا يبرأ بدعواه الدفع إلى الميت، وهذا غير ظاهر منها، بل الظاهر من عبارته أنه لا يصدق في حق الموكل خاصة بقرينة تعليله بقوله لأنه يوجب الضمان على الميت ط. قوله: (ولا في حق الموكل) في إيجاب الضمان عليه بمثل المقبوض. قوله: (وقد أفتى بعضهم) هو من معاصري صاحب المنح كما ذكره فيها، وذكر الرملي في حاشيتها: أنه هو الذي لا عيد عنه، وليس في كلام أئمتنا ما يشهد لغيره. تأمل اهـ.

. . . .

قال في الأشباه: كل أمين يدعي إيصال الأمانة إلى مستحقها قبل قوله كالمودع والوكيل والناظر إلا في الوكيل بقبض الدين إذا ادعى بعد موت الموكل أنه قبضه ودفعه في حياته لم يقبل إلا ببينة، بخلاف الوكيل بقبض العين، والفرق في الولوالجية اهـ.

وأقول: تعقبه الشرنبلالية أخذاً من كلام الولوالجية وغيرها من كتب المذهب بأن دعوى الوكيل الإيصال تقبل لبراءته بكل حال. وأما سراية قوله على موكله ليبرأ غريمه فهو خاص بما إذا ادعى الوكيل حال حياة موكله، وأما بعد موته فلا تثبت براءة الغريم إلا ببينة أو تصديق الورثة، إلى آخر ما ذكره في الرسالة المسماة [تحفة الجليل في قبول قول الوكيل] كذا في حاشية أبي السعود.

قلت: وللعلامة المقدسي أيضاً رسالة في هذه المسألة ذكرها الشرنبلالية في مجموعة رسائله عقب الرسالة التي ألفها واستشهد به على ما ادعاه، فارجع إلى تينك الرسالتين، فقد أشبعا الكلام فيهما، جزاهما الله تعالى خيراً، وقدمنا ذلك في الوكالة فارجع إليه إن شئت. وقدمنا أن الغريم إن صدق أنه وكيل لا يرجع عليه إن ضاع إلا إذا ضمنه وقت الدفع لتقدير المأخوذ ثانياً أو قال له قبضت منك على أني أبرأتك من الدين.

والحاصل: أنه أمين فيصدق في نفي الضمان عن نفسه فلا رجوع للورثة عليه بالدين ولا للدافع بعد حلفه، لأنه إنما دفع إليه بناء على أنه أمين لأنه وكيل الدائن في القبض ولا ضمان عليه، ولا يسقط دين الموكل عن مديونه لأن معنى قضاء الدين لزوم مثله للمديون على دائنه بدفعه إياه عند القضاء فتقع المقاصة بذلك؛ لأن الدين وصف بالذمة لا يمكن قضاؤه فلا يصدق في دعواه لزوم الدين في ذمة موكله بمجرد دعواه، إذ الأمين يقبل قوله في دفع الضمان لا في إلزام الغير، وهذه نظيرة ما تقدمت من عدم نفاذ قول المتولي دفعت إلى أرباب الوظائف ولا ضمان عليه.

ثم بعد كتابتي هذا المحل وجدت سؤالاً رفع إلى الخير الرملي مذكوراً في فتاويه: سئل: فيما إذا وكلت زوجها في قبض مال فقبضه ودفعه لها ثم ماتت فهل يقبل قوله بيمينه في دفع ذلك أم لا؟ أجاب: إن كان الموكل فيه قبض وديعة ونحوها من الأمانات فالقول قوله بيمينه في القبض والدفع لها، وإن كان قبض دين وأقرت بقية الورثة بالقبض وأنكرت الدفع فكذلك القول قوله بيمينه في الدفع، وإن أنكرت القبض والدفع لا يقبل قوله إلا ببينة، وإذا لم تقم بينة رجعت الورثة بحصصها منه على المديون ولا يرجع المديون على الزوج، لأن قوله في براءة نفسه مقبول لا في إيجاب الضمان على الميت والزوج فيه غير يوجب في ذمة الزوجة مثل دينها على الغريم لما تقرر أن الديون تقضى بأمثالها وقد عزل عن الوكالة بموتها فهو لا يملك استئناف القبض، بخلاف ما إذا كانت حية أو كان

- -

الوكيل فيه وديعة؛ لأنه في الأول يملك الاستئناف فملك الإخبار. وفي الثاني ليس فيه إيجاب الضمان عليها وهذه المسألة قد زلت فيها أقدام وانعكست فيها أفهام. وقد ذكر بعض معاصري مشايخنا أنها تحتاج إلى التحرير واعتذر بعضهم عنه بضيق الوقت لا بالتقصير فقال: كان يختلج بخاطري كثيراً أن أجمع في تحريرها كلاماً يزيل إشكالاً ويوضح مراماً، لكن الوقت يضيق عن كمال التحقيق، ولكنني بفضل الله تعالى ومنته وقفت لتحريرها على الأوجه الأتم، وأنزلت كل فرع منها منزلته في أصله، وكتبت على بعض حواشي بعض الكتب ما حاصله:

اعلم أولاً أن الوكيل بقبض الدين يصير مودعاً بعد قبضه فتجري عليه أحكام المودع وأن من أخبر بشيء يملك استئنافه يقبل قوله وما لا فلا، وأن الوكيل ينعزل بموت الموكل، وأن من حكى أمراً لا يملك استئنافه إن كان فيه إيجاب الضمان على الغير لا يقبل قوله على ذلك الغير، وإلا يقبل، ومن حكى أمراً يملك استئنافه يقبل وإن كان فيه إيجاب الضمان على الغير.

فإذا علمت ذلك فاعلم أنه متى ثبت قبض الوكيل من المديون ببينة أو تصديق الورثة له فالقول قوله بالدفع بيمينه لأنه مودع بعد القبض، ولو كذبه الورثة في الدفع لأنهم بتصديقهم له في القبض صاروا مقرين بأن المال في يده وديعة، وإذا لم يثبت القبض بأن أنكروا القبض والدفع لا يقبل قوله في إيجاب الضمان على الميت، ويقبل قوله في براءة نفسه فترجع الورثة على الغريم ولا يرجع الغريم عليه؛ لأنه لا يملك استئناف القبض لعزله بالموت وقبضه لدى الغريم ثابت، فهو بالنسبة إليه مودع والقول قول المودع في الدفع بيمينه، وذلك لأنه مصدق له معه في الوكالة، وقد صرحوا في كتاب الوكالة أن المدين إذا صدق وكيل الغائب في الوكالة صار المال المدفوع إليه أمانة لتصديقه عليها فانتفى رجوعه عليه، فلو أقام المدين بينة على الدفع للوكيل قبل واندفعت الورثة، وإن صدق ورثة الوكيل في القبض والدفع فالأمر ظاهر عدم مطالبة الغريم وقد برئت ذمته بتصديقهم، فتأمل ذلك واغتنمه فإنه مفرد. ولو أراد الوكيل تحليف الورثة على نفي العلم بالقبض والدفع أو أراد المديون ذلك فله ذلك، ولو ضمنوا المديون بعد الحلف وأراد أن يحلف الوكيل على الدفع للموكل الظاهر أن له ذلك، لما تقرر أن الوكيل بالقبض خصم ومن أن المال في يده أمانة، وكل أمين ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقها فالقول قوله، وأن كل من قبل قوله فعليه اليمين، وقوله في حق براءة نفسه مقبول وإن لم يقبل في حق إيجاب الضمان على غيره.

وأيضاً كل من أقر بشيء يلزمه فإنه يحلف إذا هو أنكره إلى غير ذلك من الضوابط

أنه يصدق في حق نفسه لا في حق الموكل، وحمل عليه كلام الولوالجية، فيتأمل عند الفتوى.

فروع: أوصى بالعارية ليس للورثة الرجوع.

العارية كالإجارة تنفسخ بموت أحدهما.

مات وعليه دين وعنده وديعة بغير عينها فالتركة بينهم بالحصص.

استأجر بعيراً إلى مكة فعلى الذهاب، وفي العارية على الذهاب والمجيء لأن ردها عليه.

والقواعد ولأن المديون له أحد المالين إما الذي دفعه للوكيل وإما للورثة، والذي دفعه للورثة إذا عادوا إلى تصديق الوكيل يستردونه، وكذلك الذي دفعه للوكيل إذا أقر الوكيل بعد أن دفعه المديون للورثة بأنه لم يدفعه للموكل وأنه باق عنده أو استهلكه يرده على الدافع.

هذا ما ظهر لي من كلامهم وتفقهت فيه، ولم أرَ من أشبع القول في المسألة ولا من أعطاها حقها في الاستقصاء، وأرجو الله تعالى أن يكون هذا التفقه صواباً، والله تعالى أعلم اهـ. قوله: (أنه يصدق في حق نفسه) أي فيبرأ. قوله: (لا في حق الموكل) أي فلا يجب عليه شيء حتى يلتقي قصاصاً بما على المديون، ويلزم من هذا أن المديون لا يبرأ لعدم تصديق الوكيل في حق الموكل، وليس للمديون الرجوع على الوكيل حيث صدقه في الوكالة كما سلف. قوله: (فيتأمل عند الفتوى) هذا إنما يحتاج إليه إذا كان ظاهر الولوالجية ما ذكره وليس بظاهرها فيتعين ما أفتى به البعض، فتأمل. قوله: (ليس للورثة الرجوع) أي على المستعير الموصى له سواء كانت مطلقة أو مؤقتة، ومحله إذا كانت تخرج الرقبة من الثلث، وقبل بعد موت الموصي، فلو لم يقبل بعده بطلت كما ذكروه في الوصية بالخدمة والسكنى. قوله: (تنفسخ بموت أحدهما) فلورثة المعير الرجوع، وليس لورثة المستعير الانتفاع، حتى لو استعملوها فهلكت ضمنوا وهذه فائدة الفسخ كما لا يخفى ط. قوله: (بغير عينها) يعني لم تعلم عينها: أي بأن مات مجهلاً لها. قوله: (فالتركة بينهم) أي بين المعير والغرماء بالحصص إن لم توف التركة بالكل لأنها صارت مضمونة عليه فكانت كبقية الديون. قوله: (استأجر بعيراً إلى مكة فعلى الذهاب) لأن إلى للغاية وجعل غاية الاستئجار مكة، ولو قال له أعرني هذا البعير لأذهب به إلى مكة كان على المستعير أن يرد العارية إلى المعير حيث أخذها منه وكانت العارية على الذهاب والرجوع عرفاً. رحمتي.

أقول: الفرق بين الإجارة والاستعارة أن الاستعارة تمليك المنفعة بلا عوض، وفي التبرع تجري المسامحة، فأما الإجارة فتمليك بعوض ومبنى ذلك المضايقة. كذا في فروق المحبوبي. قوله: (لأن ردها عليه) أي وهو لا يتمكن من الرد إلا بالمجيء، بخلاف

استعار دابة للذهاب فأمسكها في بيته فهلكت ضمن لأنه أعارها للذهاب لا للإمساك.

استقرض ثوراً فأغار عليه الأتراك لم يضمن لأنه عارية عرفاً.

استعار أرضاً ليبني ويسكن وإذا خرج فالبناء للمالك فللمالك أجر مثلها مقدار السكنى والبناء للمستعير، لأن الإعارة تمليك بلا عوض فكانت إجارة معنى، وفسدت بجهالة المدة؛ وكذا لو شرط الخراج على المستعير لجهالة البدل.

الإجارة فإن مؤنة الرد على المالك، وهذا فرق آخر غير الذي قدمناه قريباً عن المجتبى.

وفي الهندية: لو استعارها ليحمل عليها كذا منّا من الحنطة إلى البلد وهلكت الحنطة في الطريق فله أن يركبها إلى البلد، وفي العود أيضاً إلى منزل المعير اهـ. قوله: (لأنه أعارها للذهاب لا للإمساك) أي فكان به متعدياً، لكن قد يقال: إنه خالف إلى خير فلا يكون متعدياً، إلا أن يقال: إن إمساك الدابة في المكان ضرر بها عادة، فتأمل. قوله: (لأنه عارية عرفاً) أي وهلكت من غير تعدّ من المستعير فلا تضمن، لأن القرض إنما يكون في المثليات واستقراض غيرها فاسد يحرم تعاطيه، وفعل المسلم يحمل على الصلاح ما أمكن، والعارية والقرض ينوب كل منهما عن الآخر استعمالاً، فكما أن عارية المثلي الذي لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه قرض فكذا استقراض العين التي ينتفع بها ثم ترد إلى صاحبها عارية وهي أمانة لا تضمن. أفاده بعض الفضلاء. قوله: (بلا عوض) أي وهنا قد جعل له عوضاً وهو كون البناء الذي أحدثه المستعير له. قوله: (بجهالة المدة) وكذا البدل لأن قدر ما ينفقه في العمارة غير معلوم حال عقد الإعارة والفاسد يجب فيه أجر المثل بالانتفاع وقد حصل. وعبارة البحر عن المحيط: لجهالة المدة والأجرة، لأن البناء مجهول فوجب أجر المثل اهـ. فأفاد أن الحكم كذلك لو بين المدة لبقاء جهالة الأجرة وهو ظاهر اهـ.

قال في البزازية: دفع داره على أن يسكنها ويرمها ولا أجر فهي عارية لأن المرمة من باب النفقة وهي على المستعير، وفي كتاب العارية بخلافه اهـ.

أقول: الذي يظهر التفرقة بين استعارة الأرض ليبني فيها ويكون البناء للمالك، فهي إجارة فاسدة يجب فيها أجر المثل والبناء لصاحبه وبين استعارة الدار ليسكنها ويرمها فهي عارية لما ذكر، والوجه ظاهر. قوله: (وكذا لو شرط الخراج) أي خراج المقاسمة أو الموظف على المستعير فإنها تكون إجارة فاسدة، لأن الخراج على المعير، فإذا شرطه على المستعير فقد جعله بدلاً عن المنافع، فقد أتى بمعنى الإجارة والعبرة للمعاني في العقود، وتكون إجارة فاسدة لأن قدر الخراج مجهول. أما إذا كان خراج المقاسمة فظاهر لأنه

والحيلة أن يؤجره الأرض سنين معلومة ببدل معلوم ثم يأمره بأداء الخراج منه.

استعار كتاباً فوجد به خطأً أصلحه إن علم رضا صاحبه.

قلت: ولا يأثم بتركه إلا في القرآن لأن إصلاحه واجب بخط مناسب.

بعض الخارج والخارج يزيد وينقص. وأما إذا كان خراجاً موظفاً فإنه وإن كان مقدراً إلا أن الأرض إذا لم تحتمل ذلك المقدر ينقص عنه، وجهالة البدل في الإجارة تفسد الإجارة اهـ. منح عن مجمع الفتاوى. قوله: (والحيلة) أي في صحة كون الخراج على المستعير. قوله: (أن يؤجره) أي من أراد العارية. قوله: (منه) أي من ذلك البدل فإنه جائز فإنه وكله بأداء ما عليه من مال له عليه اهـ. منح. قوله: (إن علم رضا صاحبه) فإن علم عدم رضاه ينبغي أن لا يصلحه لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه.

قال ابن وهبان: ولا شك أن خطه ذلك إن كان يناسب خط الكتاب وهو يقطع أن الصواب فيما يصلحه وأصلحه لا يكره صاحب الكتاب ذلك إن كان عاقلاً، وينبغي للمستعير إذا لم يكن خطه مناسباً أن يكتب الإصلاح في ورقة ويضعها في الكتاب ويعلم عليه ليعلم به صاحبه فيصلحه؛ لأن إصلاح كتب العلم من القربات وإلا فلا يفعل. فلو فعل ينبغي أن يضمن، وإن لم يقطع بالغلط راجع أعلم منه أو نسخة أصح اهـ ومثل المستعير المستأجر.

وفي الحديث «مَنْ نَظَرَ في كِتَابِ أَخِيهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَكَأَنَّمَا نَظَرَ في النَّارِ»[1] وهو محمول عند أهل العلم على كتب الرسائل، أما كتب العلم فينبغي أن يجوز النظر فيها إذا كانت لا تتضرر بالنظر والتقليب، وعادة الناس في ذلك المسامحة والمساهلة، والاحتياط عدم النظر إلا بأمر اهـ. عبد البر. قوله: (بخط مناسب) يفهم منه أنه لا يصلحه بخط رديء ينقص قيمته؛ لأنه لم يتعين إصلاحه به بل يمكن إصلاحه بمن له خط يناسبه وهذا في زمانهم. أما في زماننا فلا يصلحه إلا بعد تحقق فساد ما يريد إصلاحه لا بمجرد فهمه القاصر وإن اعتقد أنه مصيب، لأنه سبب الجهل يظن المستقيم خطأً فيفسده بإصلاحه، وقد عاينا كثيراً.

والحاصل أنه إن علم أن صاحبه يكره إصلاحه لا يفعل؛ لأن التصرف في ملك الغير لا يجوز، وإن علم أنه لا يكره إصلاحه وكان خطه يناسب الكتاب وهو يقطع بالصواب فيما يصلحه له ذلك، وإلا راجع من هو أعلم منه أو نسخة صحيحة أو كتب في ورقة ويضعها في الكتاب ليكتب بخط مناسب، لأن إصلاح كتب العلم من القربات، ولا يأثم بترك الإصلاح إلا في القرآن العظيم؛ لأنه وجب الإصلاح بخط مناسب. قوله:

---

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الصلاة (١) والحاكم ٤/٢٧٠ وذكره العجلوني في كشف الخفا ٢/٢٩٦.

ففي الوهبانية: [الطويل]

وَسِفْرٌ وَأَيُّ إِصْلَاحَةٍ مُسْتَعِيرُهُ   يَجُوزُ إِذَا مَوْلَاهُ لَا يَتَأَثَّرُ

وفي معاياتها: [الطويل]

وَأَيُّ مُعِيرٍ لَيْسَ يَمْلِكُ أَخْذَ مَا   أَعَارَ وَفِي غَيْرِ الرِّهَانِ التَّصَوُّرُ
وَهَلْ وَاهِبٌ لِابْنٍ يَجُوزُ رُجُوعُهُ   وَهَلْ مُودِعٌ مَا ضَيَّعَ الْمَالَ يَخْسَرُ

(ففي الوهبانية) في نسخ بالفاء، ولا يظهر تفريعه إلا بالنظر إلى أول المسألة وهو قوله استعار كتاباً الخ. وفي نسخ بالواو وهي ظاهرة، وثبت في بعض النسخ بعد البيت الأول وفي معاياتها: [الطويل]

وَأَيُّ مُعِيرٍ لَيْسَ يَمْلِكُ أَخْذَ مَا   أَعَارَ وَفِي غَيْرِ الرِّهَانِ التَّصَوُّرُ

قوله: (وسفر) بكسر السين: اسم الكتاب المستعار فإنه تقدم الكلام عليه قريباً. قوله: (وأي معير الخ) يعني أي معير أعار ملكه لغير الرهن ولا يملك استرجاعه. فالجواب أنها أرض أجرها المالك للزراعة ثم أعارها من المستأجر وقد زرعها فإنه لا يملك استرجاعها لما فيه من الضرر، وتفسخ الإجارة من حين الإعارة، ويلزم المزارع أجرة المثل من وقت الرجوع كما في شرح الشرنبلالية عليها.

وكذا معير أمة لإرضاع الصغير ولا يجد غيرها أو لا يأخذ إلا ثديها فلا يستردها إلى أن يتم الرضاع، وله أجر مثلها.

وكذا من أعار دابة وطلبها من مكان لا يجد فيه ما يكتري، وقد تقدم ذلك كله، وإنما قيد بغير الرهن لأن من أعار متاعه ليرهنه المستعير لا يسترده إلا بعد قضاء دين المرتهن كما تقدم، ويأتي في الرهن اهـ. قوله: (وهل واهب لابن) أي من النسب. قوله: (يجوز رجوعه) أي رجوع الأب فيما وهب لابنه.

وصورته: وهب لابنه الرقيق شيئاً فإنه يجوز له الرجوع فيه، لأن الرقيق لا يملك وتقع الهبة لسيده فتكون لأجنبي فيثبت له حق الرجوع، وتمام هذا البيت. [الطويل]

وَمِنْ لَازِمٍ إِطْعَامُ عَبْدٍ قِرَاضُهُ   وَإِيجَارُ قَوْمٍ لِلْمَحْمُولَةِ مُحْظَرُ

وصورته: استأجر قوماً لحمل جنازة وهناك من يحملها بغير أجر فتحظر هذه الإجارة. قوله: (وهل مودع ما ضيع المال يخسر) هو ما إذا دفع المال لرجل وقال ادفعه لفلان بعد موتي وصية مني إليه وكان المذكور وارثاً له فدفعها إليه بعد موته ضمن.

ومثله لو قال: ادفع لقاتلي لعدم صحة الوصية إليهما فصار المال للورثة بموت المودع وكان الأمر فيه لهم لا له فبدفعه صار دافعاً بغير إذن المالك وقت الدفع والآذن قد بطل إذنه بموته. قوله: (ما ضيع المال) فيه تسامح لأنه دفعه بغير إذن مالكه، وهو تضييع

لانقضاء الإذن بموته وخروج المال عن ملكه ودخوله في ملك الوارث لعدم صحة الوصية للوارث والقاتل، ومن انتقل المال إلى ملكه لم يأذن له بالدفع لكنه حيث دفع للوارث ينبغي أن يضمن ما زاد على قدر نصيبه فليتأمل. والظاهر أن له الرجوع على من دفع إليه، وهذا عجز بيت وصدره: [الطويل]

ومَنْ غَارِمٍ بِالطَّعَامِ عَبْدٍ تَرَاهُمْ

وصورته: مضارب اشترى عبداً بألفين ومال المضاربة ألف فإنه بإنفاقه عليه يكون متبرعاً، لأنه لم يبق في يده شيء من المال فالنفقة استدانة على المال وإنه لا يملكها إلا أن يرفع الأمر إلى القاضي فيأذن له فيكون له الرجوع.

فروع: إذا مات المستعير أو المعير تبطل الإعارة. خانية.

استعار من آخر شيئاً فدفعه ولده الصغير المحجور عليه إلى غيره بطريق العارية فضاع يضمن الصبيّ الدافع وكذا المدفوع إليه. تاترخانية عن المحيط.

رجل استعار كتاباً فضاع فجاء صاحبه وطالبه فلم يخبر بالضياع ووعده بالرد ثم أخبره بالضياع:

قال في بعض المواضع: إن لم يكن آيساً من رجوعه فلا ضمان عليه، وإن كان آيساً ضمن، لكن هذا خلاف ظاهر الرواية. قال في الكتاب: يضمن لأنه متناقض. ولوالجية.

وفيها: دخل بيت بإذنه فأخذ إناء لينظر إليه فوقع لا يضمن ولو أخذه بلا إذنه، بخلاف ما لو دخل سوقاً يباع فيه الإناء يضمن اهـ.

جاء رجل إلى مستعير وقال إني استعرت دابة عندك من ربها فلان فأمرني بقبضها فصدقه ودفعها ثم أنكر المعير أمره ضمن المستعير ولا يرجع القابض، فلو كذبه أو لم يصدقه أو شرط عليه الضمان فإنه يرجع. قال: وكل تصرف هو سبب للضمان لو ادعى المستعير أنه فعله بإذن المعير وكذبه المعير ضمن المستعير ما لم يبرهن. فصولين.

وفيه: استعاره وبعث قنه ليأتي به فركبه قنه فهلك به ضمن القن ويباع فيه حالاً، بخلاف قن محجور أتلف وديعة قبلها بلا إذن مولاه اهـ.

لو ذهب إلى مكان غير المسمى ضمن ولو أقرب منه، وكذا لو أمسكها في بيته ولم يذهب إلى المسمى ضمن؛ لأنه أعارها للذهاب لا للإمساك في البيت.

يقول الحقير: يرد على المسألتين إشكال، وهو أن المخالفة فيهما إلى خير لا إلى شر، فكان الظاهر أن لا يضمن فيهما، ولعل في المسألة الثانية روايتين.

إذ قد ذكر في التجريد: لو استأجر قدوماً لكسر الحطب فوضعه في بيته فتلف بلا تقصير قيل[1] وقيل لا، والمكث المعتاد عفو. نور العين.

استعار دابة غدا إلى الليل فأجابه صاحب الدابة بنعم ثم استعارها غداً آخر إلى الليل، فأجاب بنعم فإن الحق يكون للسابق منهما، وإن استعارا معاً فهي لهما جميعاً. منتدبة عن خزانة الفتاوى.

وفيها: استعار دابة ليحمل عليها حنطة فبعث المستعير الدابة مع وكيله ليحمل عليها حنطة فحمل وكيله طعاماً لنفسه لم يضمن نص عليه في كتاب الشركة، وهذا عجيب. هكذا في الصغرى.

ولو أدخل المستعير الحمل في بيته وترك الدابة المستعارة في السكة فهلكت فهو ضامن سواء ربطها أو لم يربطها لأنه لما غيبها عن بصره فقد ضيعها، حتى لو تصور أنه إذا دخل المسجد أو البيت والدابة لا تغيب عن بصره لا يجب الضمان وعليه الفتوى. كذا في خزانة المفتين.

لو كان يصلي في الصحراء فنزل عن الدابة وأمسكها فانفلتت منه فلا ضمان عليه، وهذه المسألة دليل على أن المعتبر أن لا يغيبها عن بصره. كذا في الظهيرية.

رجل استعار دابة ليشيع جنازة إلى موضع كذا فلما انتهى إلى المقبرة دفعها إلى إنسان ودخل ليصلي فسرقت الدابة. قال محمد رحمه الله تعالى: لا يكون ضامناً، كذا في فتاوى قاضيخان، وصار الحفظ بنفسه في هذا الوقت يستثنى عن العقد. كذا في التاترخانية.

قال: أعرت دابتي أو ثوبي هذا لفلان ثم يكن حاضراً ولم يسمع فجاء وذهب به يضمن إلا إذا سمع هو أو رسوله أو أخبره فضولي قد سمع قال: ينبغي أن لا يضمن إن كان عدلاً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى كذا في التاترخانية.

ولو زلق الرجل في السراويل فتخرق لم يضمن. كذا في الينابيع.

وفي فتاوى الديناري: إذا انتقص عين المستعار في حال الاستعمال لا يجب الضمان بسبب النقصان إذا استعمله استعمالاً معهوداً. كذا في الفصول العمادية.

ولو استعار ثوباً ليبسطه فوقع عليه من يده شيء أو عثر فوقع عليه فتخرق لا يكون ضامناً. كذا في فتاوى قاضيخان.

رجل استعار من امرأة شيئاً مما كان ملك الزوج فأعارت فهلك، إن كان شيئاً في داخل البيت وما يكون في أيديهن عادة لا ضمان على أحد، أما في الثور والفرس فيضمن المستعير والمرأة. كذا في الخلاصة.

---

(١) في م (قوله قيل الخ)، لعل الصواب قيل يضمن وقيل الخ.

إذا وضع العارية ثم قام وتركها ناسياً فضاعت ضمن. كذا في السراجية.

رجل دخل الحمام فسقطت قصعة الحمام من يده وانكسرت في الحمام أو انكسر كوز الفقاعي من يده، قال أبو بكر البلخي: لا يكون ضامناً، قيل هذا إذا لم يكن من سوء إمساكه، فإن كان من سوء إمساكه يكون ضامناً. كذا في فتاوى قاضيخان.

أعار فرساً أو سيفاً ليقاتل فتلف لا يضمن، كذا في التاتارخانية.

استعار فأساً وضربه في الحطب ويبست في الحطب فأتى بفأس ثانية وضرب رأس تلك الفأس فانكسر يضمن كذا في القنية، وبه أفتى القاضي جمال الدين. وقال القاضي بديع الدين: إن كان الضرب معتاداً فلا. كذا في التاتارخانية.

وإذا طلب المعير العارية فمنعها المستعير عنه فهو ضامن، وإن لم يمنعها ولكن قال لصاحبها دعها عندي إلى غد ثم أردها عليك فرضي بذلك ثم ضاعت لا ضمان عليه. كذا في المحيط.

طلبها فقال نعم أدفع ومضى شهر حتى هلكت، إن كان عاجزاً وقت الطلب عن الرد. لا يضمن وإن كان قادراً، إن صرح المعير بالكراهة والسخط في الإمساك وأمسك يضمن وكذا إن سكت، وإن صرح بالرضا بأن قال لا بأس لا يضمن، وإن لم يطلب وهو لم يردها حتى ضاعت وإن كانت العارية مطلقة لا يضمن، وإن قيدها بوقت ومضى الوقت ولم يردها ضمن، وقد مر ذلك.

وفي المنتقى: رجل قال لغيره أعرتني هذه الدار أو هذه الأرض لأبنيها أو أغرس فيها ما بدا من النخل والشجر فغرستها هذا النخيل وبنيتها هذا البناء وقال المعير أعرتك الدار والأرض وفيها هذا البناء والغراس فالقول قول المعير، وإن أقاما البينة فالبينة بينة المعير أيضاً. كذا في المحيط.

رجلان يسكنان في بيت واحد كل واحد في زاوية فاستعار أحدهما من صاحبه شيئاً فطلب المعير بالرد فقال المستعير وضعته في الطاق الذي في زاويتك وأنكر المعير، فإن كان البيت في أيديهما لا ضمان عليه. كذا في محيط السرخسي.

قال لآخر: خذ عبدي واستخدمه واستعمله من غير أن يعيره المدفوع إليه فنفقة هذا العبد على مولاه. كذا في الوجيز للكردري.

وصح التكفيل برد العارية والمغصوب، ولو توكل بالرد لا يجبر الوكيل على النقل إلى منزله بل يدفعه إليه حيث يجده، كذا في الكافي.

رجل دخل كرم صديق له وتناول شيئاً بغير إذنه، إن علم أن صاحب الكرم لو علم لا يبالي بهذا أرجو أن يكون به بأس. كذا في الخلاصة.

أراد أن يستمد من محبرة غيره، إن استأذنه له ذلك، وإن علم فكذلك إن لم ينهه وإن لم يفعل شيئاً من ذلك، إن كان بينهما انبساط فلا بأس به أيضاً، وإن لم يكن أحب أن لا يفعل ذلك. كذا في الوجيز للكردري.

رجل رهن عند رجل خاتماً وقال للمرتهن تختم فهلك الخاتم لا يهلك بالدين ويكون الضمين على حاله لأنه صار عارية، ولو تختم ثم أخرج الخاتم من أصبعه ثم هلك يهلك بالدين لأنه عاد رهناً. قالوا: هذا إذا أمره أن يتختم به في خنصره، فإن أمره أن يتختم به في السبابة فهلك حالة التختم يهلك بالدين. ولو أمره بأن يتختم به في خنصره ويجعل الفص من جانب الكف فجعل الفص من الخارج على ظهر الأصبع كان إعارة، وهو وما لو أمره بأن يتختم به في الخنصر ولم يأمره أن يجعل الفص في جانب الكف سواء ويكون إعارة هو الصحيح. كذا في فتاوى قاضيخان.

وفي رهن الأصل: لو رهن عبداً قيمته ألف بألف ثم استعار الراهن ثم رده عليه وقيمته خمسمائة فهلك يهلك بجميع الدين تعتبر قيمته في الرهن يوم القبض الأول، ولو كان مكانه غصب فعلى الغاصب قيمته حين غصب ثانياً كذا في الفصول العمادية.

استعار منشاراً فانكسر في النشر تصفين فدفعه إلى الحداد فوصله بغير إذن المعير ينقطع حقه وعلى المستعير قيمته منكسراً، وكذا الغاصب إذا غصبه منكسراً. كذا في القنية في كتاب الغصب انتهى. هندية.

وفيها: ولو استعار فرساً ليركبها إلى موضع كذا فركبها وأردف معه آخر فأسقطت جنيناً فلا ضمان عليه في الجنين، ولكن إن انتقصت الأم بسبب ذلك فعليه نصف النقصان، وهذا إذا كان الفرس بحال يمكن أن يركبه اثنان. وأما إذا كان لا يمكن فهو إتلاف فيضمن جميع النقصان. كذا في العمادية اهـ.

وفي الهندية من الباب الثاني: استعار دابة ليركبها بنفسه فركبها وأردف غيره فعطبت يضمن نصف القيمة كذا في غاية البيان هذا إذا أردف رجلاً، فإن أردف صبياً يضمن قدر الثقل، هذا إذا كانت الدابة تطيق حملهما، فإن كانت لا تطيق يضمن جميع القيمة. كذا في شرح الجامع الصغير لقاضيخان اهـ.

استعار حملاً أو فسطاطاً وهو في المصر فسافر به لم يضمن. ولو سافر بسيف استعاره ليضرب أو عمامة استعارها للتعميم ضمن. والفرق أن المحمل كالفسطاط يستعمل خارج المصر عادة فيكون إعارتهما إذناً للسفر بهما، بخلاف السيف والعمامة لكن هي قياس مسألة الإخراج بالثوب بأن استعار ثوباً ودابة حتى وقع على الاستعمال في المصر ثم خرج بهما عن المصر، فإن استعملهما ضمن، وإن لم يستعملهما ففي الثوب لم

كتاب الهبة

وجه المناسبة ظاهر (هي) لغة التفضل على الغير ولو غير مال. وشرعاً (تمليك العين مجاناً)

يضمن لأنه حافظ له خارج المصر كما في المصر وضمن في الدابة لأنها بمجرد الخروج تصير عرضة للتلف فيكون إخراجها تضييعاً لها حتى كما في الفصولين ينبغي أن لا يضمن بهما: أي المحمل والفسطاط أيضاً.

وعلى قياس مسألتهما ينبغي أن يلزمه الضمان في الثوب أيضاً كما في إخراج دابة العارية. قال في التخيرة: ويجوز أن يفرق بينهما وبين مسألة الثوب بالتأمل فليتأمل فيه. أنقروي.

إن المستأجر والمستعير لو خالف ثم عاد إلى الوفاق لا يبرأ عن الضمان على ما عليه الفتوى. فصولين. والله تعالى أعلم، وأستغفر الله العظيم.

كتاب الهبة

قال ط: هي من صفات الكمال، فإن الله تعالى وصف بها نفسه بقوله عز وجل: ﴿أَمْ عِندَهُمْ خَزَآئِنُ رَحْمَةِ رَبِّكَ ٱلْعَزِيزِ ٱلْوَهَّابِ﴾ [ص: ٩] والبشر إذا باشرها فقد اكتسب من أشرف الصفات، لما فيها من استعمال الكرم، وإزالة شح النفس، وإدخال السرور في قلب الموهوب له، وإيراث المحبة والمودة بينهما، وإزالة الضغينة والحسد، ولهذا من باشرها كان من المفلحين، قال تعالى: ﴿وَمَن يُوقَ شُحَّ نَفْسِهِۦ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ﴾ [الحشر: ٩] اهـ. تبيين. قال الشمني: هي الأصل مصدر محذوف الأول معوض هاء التأنيث وأصلها وهب بتسكين الهاء وتحريكها اهـ. مكي. علة كعدة. عيني. ويتعدى الفعل بنفسه، وباللام وبمن كما في أحاديث كثيرة، خلافاً للمطرزي في أنه خطأ. وللتفتازاني في أنه عبارة الفقهاء اهـ. قهستاني.

قال المولى عبد الحليم: يقال وهب مالاً وهباً وهبة وموهبة. والهبة قد تطلق على الموهوب. قوله: (وجه المناسبة ظاهر) هو أن كلاً منهما تمليك بلا عوض، ووجه تأخير الهبة عن العارية هو أنها تمليك عين ومنفعة بلا عوض، والعارية تمليك المنفعة بلا عوض فكانت العارية كالمفرد والهبة كالمركب والمفرد مقدم على المركب طبعاً فقدم وضعاً. قوله: (هي لغة التفضل على الغير) أي بما ينتفع به مطلقاً. قوله: (ولو غير مال) قال الراغب: الهبة أن تجعل ملكك لغيرك بغير عوض. قال عز وجل. ﴿ووهبنا له إسحاق ويعقوب﴾. اهـ. وقال تعالى: ﴿فَهَبْ لِى مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا﴾ [مريم: ٥] وقال تعالى: ﴿يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَٰثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ﴾ [الشورى: ٤٩] والأولى أن يقول: ولو بغير مال. قوله: (تمليك العين مجاناً) هذا الحد غير مانع، إذ يصدق على الوصية فإنها تمليك العين بلا عوض

أي بلا عوض، لا أن عدم العوض شرط فيه. وأما تمليك الدين من غير من عليه

والصدقة وغيرهما. اللهم إلا أن يقال: إن المصنف جرى على طريقة المتقدمين من جواز التعريف بالأعم والأخص اهـ. سري الدين عن المجتبى. وزاد ابن الكمال قوله للحال لإخراج الوصية، وخرج الإباحة والعارية والإجارة والبيع وهبة الدين ممن عليه فإنه إسقاط وإن كان بلفظ الهبة. منح. قوله: (أي بلا عوض) أي بلا شرط عوض على حذف مضاف، لكن هذا يظهر لو قال بلا عوض كما في الكنز، لأن معنى مجاناً عدم العوض لا عدم اشتراطه. على أنه اعترضه الحموي كما في أبي السعود بأن. قوله: «بلا عوض» نص في اشتراط عدم العوض والهبة بشرط العوض نقيضه فكيف يجتمعان اهـ: أي فلا يتم المراد بما ارتكبه وهو شمول التعريف للهبة بشرط العوض، لأنه يلزم خروجها عن التعريف حينئذ كما نبه عليه في العزمية أيضاً.

قلت: والتحقيق أنه إن جعلت الباء للملابسة متعلقة بمحذوف حالاً من تمليك لزم ما ذكر، أما لو جعل المحذوف خبراً بعد خبر: أي هي كائنة بلا شرط عوض على معنى أن العوض فيها غير مشروط، بخلاف البيع والإجارة فلا يرد ما ذكر، فتدبر. قوله: (إلا أن عدم العوض شرط فيه) وإلا لما شمل الهبة بشرط العوض.

والحاصل: أن المعتبر في الهبة تمليك العين سواء كان بعوض أو بلا عوض لما سيأتي من أن الهبة بشرط العوض صحيحة فليس عدم العوض شرطاً في تحققها، فمعناه أن الهبة تتحقق ولا يشترط فيها العوض، وليس عدم العوض شرطاً فإنه يقتضي أنها لا تتحقق مع العوض وليس كذلك.

وقد فرقوا بين الوجود بلا شرط شيء وبين الوجود بشرط لا شيء بأن الأول أعم من الثاني، وعليه فإن العوض لا يشترط في تعريفها، بل قد تكون بعوض كما إذا شرطه، وقد تكون بلا عوض، فمعنى قوله بلا عوض: أي ليس العوض من لازمها ومطرداً فيها، بخلاف البيع فإنه لا بد فيه من العوض حتى لو باعه بلا عوض فسد، ولو أسقط هذا النفي لكان تعريفاً للهبة من كل وجه وهي الهبة بلا عوض مشروط، ويكون معنى قوله بلا عوض: أي بلا شرط عوض سواء عوّضه من تلقاء نفسه أو لا، أما الهبة بشرط العوض فهي هبة ابتداء بيع انتهاء كما سيأتي بيانه، وهذا كله على جعل الباء للملابسة الخ. قوله: (وأما تمليك الدين الخ) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن تقييده بالعين مخرج لتمليك الدين من غير من عليه مع أنه هبة إذا أمره بقبضه فيخرج عن التعريف. فأجاب بأنه يكون عيناً مآلاً، فالمراد بالعين في التعريف ما كان عيناً حالاً أو مآلاً وهو خارج عن القياس، إذ الهبة لا تصح إلا في الملك والعين غير مملوكة له وقت الهبة وهو نظير الحمل ولا يصح هبته مع أنه سيصير عيناً مملوكة، وقد يفرق بأن تمام الحمل غير متحقق إذ هو متوقف على إتمام الله

الدين، فإن أمره بقبضه صحت لرجوعها إلى هبة العين.

(وسببها إرادة الخير للواهب)

تعالى له وفصله عن أمه والعبد لا يقدر عليه، والدين ثابت في ذمة المديون مأمور بدفعه لربه وصاحبه قادر على قبضه شرعاً فيقدر على تسليمه. قال بعض الفضلاء: ولهذا لا يلزم إلا أن قبض، وله الرجوع قبله فله منعه حيث كان بحكم النيابة عن القبض، وعليه تبتني مسألة موت الواهب قبل قبض الموهوب له في هذه، تأمل.

بقي هل الإذن يتوقف على المجلس الظاهر؟ نعم فليراجع. ولا ترد هبة الدين عن عليه لأنها مجاز عن الإسقاط، والفرد المجازي لا ينقض، والله سبحانه أعلم.

قال في البحر عن المحيط: ولو وهب ديناً له على رجل وأمره أن يقبضه فقبضه جازت الهبة استحساناً فيصير قابضاً للواهب بحكم النيابة، ثم يصير قابضاً لنفسه بحكم الهبة، وإن لم يأذن بالقبض لم يجز اهـ.

وفي أبي السعود عن الحموي: ومنه يعلم أن تصيير معلومة المتجمد للغير بعد فراغه له غير صحيح ما لم يأذنه بالقبض، وهي واقعة الفتوى. لكن قال في الأشباه: تصح ويكون وكيلاً قابضاً للموكل ثم لنفسه، ومقتضاه أن له عزله عن التسليط قبل قبضه اهـ. وهل منه ما تعورف في زماننا من بيع أوراق الجامكية وكذا أوراق الكميالي والقصاليد إلى غريمه أو إلى غيره أو لمن عليه أموال أميرية أو لغيره فإنه غير مديون لعين ولعدم تعينه لقضاء الجامكية.

قال المصنف في فتاواه: سئل عن بيع الجامكية، وهو أن يكون لرجل جامكية في بيت المال، ويحتاج إلى دراهم معجلة قبل أن تخرج الجامكية فيقول له رجل بعني جامكيتك التي قدرها بكذا أنقص من حقه في الجامكية فيقول له بعتك فهل البيع المذكور صحيح أم لا لكونه بيع الدين بنقد؟ أجاب إذا باع الدين من غير من هو عليه كما ذكر لا يصح.

قال مولانا في فوائده: وبيع الدين لا يجوز، ولو باعه من المديون أو وهبه جاز اهـ.

أقول: وكان الأولى للشارح أن يقول: ولا يرد تمليك الدين وقد أمر بقبضه لرجوعه إلى تمليك العين بسبب الأمر بقبضه. قوله: (فإن أمره بقبضه صحت) ويكون وكيلاً قابضاً للموكل ثم لنفسه كما تقدم. قال في الحاوي القدسي: فإن قال الدين الذي لي على زيد هو لعمرو ولم يسلطه على القبض ولكن قال واسمي في كتاب الدين عارية صح، ولو لم يقل هذا لا يصح.

وفي البزازية: المرأة وهبت مهرها الذي على زوجها لابنها الصغير من هذا الزوج، إن أمرت بالقبض صحت وإلا لا؛ لأنه هبة الدين من غير من عليه الدين. ذكره الحموي. قوله: (إرادة الخير للواهب) يقصد بها دفع شر الموهوب له، وقد يراد به الخير

دنيوي: كعوض ومحبة وحسن ثناء وأخروي. قال الإمام أبو منصور: يجب على المؤمن أن يعلم ولده الجود والإحسان، كما يجب عليه أن يعلمه التوحيد والإيمان،

للموهوب له. قوله: (دنيوي) بضم الدال وكسرها كما هما في دنيا. قوله: (كعوض) يشمل المال والمنفعة والدعاء، لما ورد في الحديث «مَنْ أَسْدَى إِلَيْكُمْ مَعْرُوفاً فَكَافِئُوهُ، فَإِنْ لَمْ تَقْدِرُوا فَادْعُوا لَهُ»[1] فكان الدعاء عوضاً عن العجز. قوله: (ومحبة) أي من الموهوب له للواهب، لما ورد في الحديث «تَهَادَوْا تَحَابُّوا»[2] ولأن القلوب جبلت على حب من أحسن إليها، بل الفعل الجميل محبب حتى لغير من وصل إليه الجميل عند النفوس الكريمة. قوله: (وحسن ثناء) لأن الواهب يوصف بالجود ومكارم الأخلاق، وينتفي عنه سيمة البخل بالجود الذي هو دواء العلات. قوله: (وأخروي) أي وهو الثواب إن حسنت النية، وحذفه للعلم به. وصرح به في شرح الملتقى فقال: أو الأخروي كالنعيم المقيم، ولأن منه امتثال أمر الله تعالى في قوله ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢] وأمر النبي ﷺ في قوله: «تهادوا» واتباعاً للسنة لما كان عليه النبي وأصحابه من التهادي وإيثار الإخوان على النفس، وهو واجب على المؤمن أن يفعله ويعلمه ولده، لما نقله الشارح عن الإمام أبي منصور، وفاعل الواجب يثاب في الآخرة. قوله: (قال الإمام أبو منصور) بيان للأخروي. قوله: (يجب على المؤمن) الذي تفيده هذه العبارة أن هذا التعليم فرض عين عليه.

قال بعض الحكماء: أصل المحاسن كلها الكرم، وأصل الكرم نزاهة النفس عن الحرام، وسخاؤها بما ملكت على الخاص والعام، وجميع خصال الخير من فروعه. قال عليه الصلاة والسلام «تَجَافَوْا عَنْ ذَنْبِ السَّخِيِّ، فَإِنَّ اللَّهَ آخِذٌ بِيَدِهِ كُلَّمَا عَثَرَ، وَفَاتِحٌ لَهُ كُلَّمَا افْتَقَرَ»[3] وعن جابر بن عبد الله قال «مَا سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شَيْئاً فَقَالَ لَا»[4] وعنه صلى الله تعالى عليه وسلم أنه قال «السَّخِيُّ قَرِيبٌ مِنَ اللَّهِ، قَرِيبٌ مِنَ النَّاسِ، قَرِيبٌ مِنَ الْجَنَّةِ، بَعِيدٌ مِنَ النَّارِ. وَالْبَخِيلُ بَعِيدٌ مِنَ اللَّهِ، بَعِيدٌ مِنَ النَّاسِ، بَعِيدٌ مِنَ الْجَنَّةِ، قَرِيبٌ مِنَ النَّارِ»[5] وقال بعض السلف: منع الجود سوء ظن بالمعبود، وتلا

---

(١) ذكره العجلوني في كشف الخفا ٢/ ١٣٢.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن ٦/ ١٦٩ ومالك في الموطأ (٩٠٨) وابن عبد البر في التمهيد وذكره الهيثمي في المجمع ٤/ ١٤٦.

(٣) أخرجه أبو نعيم في الحلية ٤/ ١٠٨ والخطيب في التاريخ ٨/ ٣٢٥ وذكره الهيثمي في المجمع ٦/ ٢٨٢.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة ١١/ ٥١ وابن سعد ١/ ٢/ ٩٣.

(٥) أخرجه الترمذي ٤/ ٣٤٩ (١٩٦١) وقال حديث غريب لا نعرفه من حديث يحيى بن سعيد عن عمد في رواية هذا الحديث عن يحيى بن سعيد، إنما يروى عن يحيى بن سعيد عن عائشة شيء مرسل. وأخرجه الدارقطني في المكارم ص ٦٣ وابن أبي حاتم في العلل ٢/ ٢٨٤ وعزاه المتقي الهندي في الكنز (١٥٩٢٨) للبيهقي في الشعب والطبراني في الأوسط.

إذ حب الدنيا رأس كل خطيئة. نهاية. وهي مندوبة وقبولها سنة، قال ﷺ: «تهادوا تحابوا».

﴿وَمَا أَنفَقْتُم مِّن شَيْءٍ فَهُوَ يُخْلِفُهُ وَهُوَ خَيْرُ الرَّازِقِينَ﴾ [سبأ: ٣٩] وقال علي كرم الله وجهه: ما جمعت من المال فوق قوتك فإنما أنت فيه خازن لغيرك.

ومما يحكى في الجواد والإيثار ما روي عن حذيفة العدوي أنه قال: انطلقت يوم اليرموك أطلب ابن عم لي في القتلى ومعي شيء من الماء وأنا أقول إن كان به رمق سقيته، فإذا أنا به بين القتلى، فقلت أسقيك؟ فأشار إلي أن نعم، فإذا برجل يقول آه، فأشار إلي ابن عمي أن انطلق إليه، فإذا هو هشام بن العاص، فقلت أسقيك فأشار إلي أن نعم، فسمع آخر يقول آه، فأشار إلي أن انطلق إليه، فجئته فإذا هو قد مات، فرجعت إلى هشام فإذا هو قد مات، فرجعت إلى ابن عمي فإذا هو قد مات رحمهم الله تعالى. قوله: (إذ حب الدنيا الخ) علة لمحذوف تقديره: ولا يتركه من غير تعليم ما ذكر فيغلب على حبّ الدنيا وهو مذموم، إذ هو رأس كل خطيئة: أي فبهذا التعليم يتخلص من هذه الآفة. قوله: (وهي) أي الهبة. قوله: (وقبولها سنة) أي إلا لعارض، كأن علم أنه مال حرام أو أنه يمتن عليه بما أهداه إليه. قوله: (تهادوا) بفتح الدال وضمها خطأ، وبسكون الواو لأنه صيغة خطاب للجماعة من التهادي، وأصله تهاديوا لأنك تقول: تهادى تهادياً تهاديوا قلبت الواو ألفاً لتحركها وانفتاح ما قبلها ثم حذفت لالتقاء الساكنين فصار تهادوا كما في مادة تعالوا أصله تعاليوا قال تعالى ﴿تَعَالَوْا إِلَىٰ كَلِمَةٍ سَوَاءٍ﴾ [آل عمران: ٦٤] والأصل أن فعل الأمر إذا لحقته واو الجماعة ينظر إلى مضارعه، فإن ختم بألف كيتهادى يفتح ما قبل الواو وإن ختم بياء كيرمي أو واو كيدعو يضم ما قبلها. قوله: (تحابوا) بتشديد الباء المضمومة، وهو أيضاً صيغة خطاب للجماعة وأصله تحابون ولكن سقطت النون لأنه جواب الأمر، وأصله تحاببوا لأنه من التحابب من المحبة أدغمت الباء في الباء. وقال الحاكم: تحابوا إما بتشديد الباء من الحب وإما بالتخفيف من المحاباة.

قلت: ويرجح الأول الذي هو المشهور ما أخرجه البيهقي في شعب الإيمان عن صفية بنت حرب-عن أم حكيم بنت وداع أو قال ودع قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول «تَهَادَوْا يَزِيدُ فِي الْقَلْبِ حُبّاً»[1] وفي رواية «تَهَادَوْا تَحَابُّوا تَذْهَبُ الشَّحْنَاءُ بَيْنَكُمْ» وقال عليه الصلاة والسلام «الْهَدِيَّةُ مُشْتَرَكَةٌ» وقال عليه الصلاة والسلام «مَنْ سَأَلَكُمْ بِاللَّهِ فَأَعْطُوهُ، وَمَنِ اسْتَعَاذَكُمْ فَأَعِيذُوهُ، وَمَنْ أَهْدَى إِلَيْكُمْ كُرَاعاً فَاقْبَلُوهُ»[2] وكان صلى الله

---

(١) ذكره المتقي الهندي بنحوه في الكنز (١٥٠٦١).

(٢) أخرجه النسائي ٥/٨٢ وأحمد في المسند ٢/٦٨ والحاكم في المستدرك ١/٤١٢ والبيهقي في السنن ٤/١٩٩ والطبراني في الكبير ١٢/٣٩٧ وابن حبان (٣٤٠٢).

وشرائط صحتها في الواهب: (العقل والبلوغ والملك) فلا تصح هبة صغير ورقيق ولو مكاتباً.

تعالى عليه وسلم يقبل الهدية ويثيب عليها ما هو خير منها. وفسر بعضهم ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾ [النساء: ٨٦] بالهدية.

وفي الأمثال: إذا قدمت من سفرك فأهد إلى أهلك ولو حجراً. وقال الفضل بن سهل: ما استرضي الغضبان، ولا استعطف السلطان، ولا سلت السخائم، ولا دفعت المغارم، ولا استميل المحبوب، ولا توقي المحذور بمثل الهدية. وفي كلام بعضهم: يفرح بالهدية خمسة: المهدي إذا وفق للفضل[1] والمهدى إليه إذا أهل لذلك، والحمال إذا حملها، والملكان إذ يكتبان الحسنات. كذا في بعض كتب الأدب. قوله: (وشرائط صحتها في الواهب) قال في الهندية: وأما ركنها فقول الواهب وهبت لأنه تمليك، وإنما يتم بالمالك وحده، والقبول شرط ثبوت الملك للموهوب له؛ حتى لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الآخر حنث. كذا في محيط السرخسي.

وأما شرائطها فأنواع: يرجع بعضها إلى نفس الركن، وبعضها يرجع إلى الواهب، وبعضها يرجع إلى الموهوب. أما ما يرجع إلى نفس الركن: فهو أن لا يكون معلقاً بما له خطر الوجود والعدم من دخول زيد وقدوم خالد ونحو ذلك، ولا مضافاً إلى وقت بأن يقول وهبت هذا الشيء منك غداً أو رأس شهر. كذا في البدائع. وأما ما يرجع إلى الواهب: فهو أن يكون الواهب من أهل الهبة؛ وكونه من أهلها: أن يكون حراً عاقلاً بالغاً مالكاً للموهوب، حتى لو كان عبداً أو مكاتَباً أو مدبراً أو أم ولد أو من في رقبته شيء من الرق، أو كان صغيراً أو مجنوناً أو لا يكون مالكاً للموهوب لا يصح. هكذا في النهاية اهـ. قوله: (العقل) للحجر على المجنون والمعتوه وعدم صحة تصرف الصبي ومن في حكمه كالمعتوه المأفون، والمراد بالعقل ولو حكماً، فتصح هبة السكران. قال العلامة أبو السعود: وإنما قلنا: ولو حكماً ليشمل السكران. قوله: (فلا تصح هبة صغير) والأولى ذكر المجنون. قوله: (ورقيق) لعدم ملكه. قوله: (ولو مكاتباً) أو مدبراً أو أم ولد أو من في رقبته شيء من الرق. قوله: (وشرائط صحتها) أي بقائها على الصحة كما سيأتي.

قال في الهندية: وأما ما يرجع إلى الموهوب فأنواع:

منها: أن يكون موجوداً وقت الهبة، فلا يجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد بأن وهب ما تثمر نخيله العام وما تلد أغنامه السنة ونحو ذلك، وكذلك لو وهب ما في بطن

---

(١) في ط (قوله إذا وفق للفضل الخ) هكذا بأصله في المواضع الثلاثة بلفظ «إذا» الشرطية، ولعله بلفظ «إذ» التعليلية، ويؤيده قوله في الموضع الرابع: والملكان إذ يكتبان بدون ألف.

(و) شرائط صحتها (في الموهوب: أن يكون مقبوضاً، غير مشاع،

هذه الجارية أو ما في بطن هذه الشاة أو ما في ضرعها وإن سلطه على القبض عند الولادة والحلب؛ وكذلك لو وهب زبداً في لبن أو دهناً في سمسم أو دقيقاً في حنطة لا تجوز وإن سلطه على قبضه عند حدوثه لأنه معدوم للحال فلم يوجد محل حكم العقد وهو الأصح هكذا في جواهر الأخلاطي.

إذا وهب صوفاً على ظهر غنم وجزه وسلمه فإنه يجوز.

ومنها: أن يكون مالاً متقوماً، فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلاً كالحر والميتة والدم وصيد الحرم والخنزير وغير ذلك، ولا هبة ما ليس بمال مطلق كأم الولد والمدبر والمطلق والمكاتب ولا هبة ما ليس بمال متقوم كالخمر كذا في البدائع.

ومنها: أن يكون الموهوب مقبوضاً، حتى لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض، وأن يكون الموهوب مقسوماً إذا كان مما يحتمل القسمة، وأن يكون الموهوب متميزاً عن غير الموهوب، ولا يكون متصلاً، ولا مشغولاً بغير الموهوب، حتى لو وهب أرضاً فيها زرع للواهب دون الزرع أو عكسه أو نخلاً فيها ثمرة للواهب معلقة به دون الثمرة أو عكسه لا تجوز، وكذا لو وهب داراً أو ظرفاً فيها متاع للواهب. كذا في النهاية.

ومنها: أن يكون مملوكاً، فلا تجوز هبة المباحات لأن تمليك ما ليس بمملوك محال.

ومنها: أن يكون مملوكاً للواهب، فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك للواهب: كذا في البدائع. وهي نوعان: تمليك وإسقاط، وعليهما الإجماع كذا في خزانة المفتين. قوله: (أن يكون مقبوضاً) فلا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض كما قدمنا.

وفي الزيلعي: وأما القبض فلا بد منه لثبوت الملك، إذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق اهـ. سري الدين، وهذا يفيد أن القبض شرط لثبوت الملك لا للصحة خلاف ما يعطيه كلام المصنف. قوله: (غير مشاع) هذا شرط الجواز في محتمل القسمة لا في غيره كما يأتي، وهذا في الهبة. وأما إذا تصدق بالكل على اثنين فإنه يجوز على الأصح بحر، أي بخلاف ما إذا تصدق بالبعض على واحد فإنه لا يصح كما يأتي آخر المتفرقات، لكن سيأتي أيضاً أنه لا شيوع في الأول.

قال في جامع الفصولين: لو وهب من اثنين ما يقبل القسمة لم يجز عند أبي حنيفة رواية واحدة من غير اختلاف على قوله. وفي الصدقة اختلف المشايخ على قوله: فقيل لا يجوز، وقيل فيه روايتان: لا يجوز على رواية الأصل، ويجوز على رواية الجامع الصغير، وهو الصحيح، كذا حشي.

وفي هد: لو تصدق بعشرة دراهم على محتاجين يجوز، وكذا لو وهبها لهما. ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز. وقالا: يجوز لغنيين أيضاً، فرّق بين الصدقة والهبة في الحكم، وسوى في الأصل. وقال: إذ الشيوع مانع فيهما لتوقفهما على القبض.

والفرق أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد فلا شيوع، ويراد بالهبة وجه الغني وهما اثنان، وقيل هذا هو الصحيح، والمراد بما ذكر في الأصل التصدق على غنيين فقط. والأظهر أن في المسألة روايتين.

بح: قيل جاز التصدق على غنيين لأنها محل صدقة التطوّع.

مق: لا يجوز. وعند أبي يوسف يجوز بشرط المساواة. وعند محمد يجوز في الحالين اهـ.

وفيه: وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة تجوز من شريكه ومن غيره، وفيما يحتملها لم تجز لا من شريكه ولا من أجنبي، وطرق الشيوع لا يفسد الهبة بالاتفاق. ولو وهب الكل من اثنين، فإن أجمل بأن قال وهبت منكما لم يجز عند أبي حنيفة. وعندهما يجوز. وإن فصل بالتنصيف فهو على هذا الخلاف، ولو بالتثليث يجوز عند محمد لا عندهما انتهى. قال الخير الرملي: قوله وفيما يحتملها الخ. أقول: في شرح الغزي وفي الزاهد العتابي أنها تجوز.

أقول: وفي الفتاوى التاجية أنها تجوز من شريكه، قال: وهو المختار اهـ. ولا يخفى عليك أنه خلاف المشهور انتهى كلام الغزي.

قال المقدسي: ولو عليه ألف جيدة وألف غلة[1] فقال وبه وهبتك أحد المالين، قال محمد: جازت وله البيان، وكذا وارثه من بعده.

وفي منية المفتي: قال: وهبت نصيبي من هذه الدار والموهوب له لا يعلم كم نصيبه صحت انتهى. ولعل للفاحشة جهالته لا تصح هبته كقوله وهبتك شيئاً من مالي أو من كذا، وبهذا يتضح ما يأتي من اشتراط كون الموهوب معلوماً فيما يتم بمجرد العقد.

وفي الهندية عن البحر: ويشترط في صحة المشاع الذي لا يحتمل القسمة أن يكون قدراً معلوماً، حتى لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلم به لم يجز، فإن علمه الموهوب له ينبغي أن يجوز عند الإمام دونهما.

وقبها قبل ذلك: جميع ما أملكه لفلان يكون هبة لا تجوز بدون القبض، ومر ذلك متناً في الإقرار.

وفي الفصولين أيضاً: وهبا من واحد داراً جاز إذا سلماه جملة وقبض فلا شيوع.

(١) في ط (قوله غلة) هكذا بالأصل.

مميزاً غير مشغول) كما سيتضح (وركنها): هو (الإيجاب والقبول) كما سيجيء.

ولو رهنه واحد من اثنين لم يصح عند أبي حنيفة. وقالا: يصح، لأن هذه هبة الجملة منهما لتوحيد التمليك فلا شيوع كرهن من رجلين، وله أنها هبة النصف لكل منهما. وكذا لو فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح، ولأن الملك ثبت لكل في النصف فكذا التمليك لأنه حكمه فتحقق الشيوع، بخلاف الرهن انتهى.

وفيه: التسليم يمكن في الشائع، وهو رفع الموانع عن القبض اهـ. وسيأتي الكلام على أحكام المشاع مفصلاً قريباً إن شاء الله تعالى. قوله: (مميزاً غير مشغول) هو بمعنى غير مشاع، ولعله أراد محوزاً: أي مجموعاً احترازاً عن الثمر على الشجر، أو المراد مميزاً عن غير الموهوب وغير مشغول بغير الموهوب حتى لو وهب أرضاً فيها زرع للواهب دون الزرع أو عكسه أو نخلاً فيها ثمرة للواهب معلقة به دون الثمر أو عكسه لا يجوز؛ وكذا لو وهب داراً أو ظرفاً فيها متاع للواهب. هندية. قوله: (هو الإيجاب والقبول) لأنها عقد كسائر العقود. بحر. لكن في الثاني خلاف.

ففي القهستاني: وتصح الهبة بوهبت، وفيه دلالة على أن القبول ليس بركن كما أشار إليه في الخلاصة وغيرها. وقدمنا عن الهندية أن ركنها قول الواهب وهبت لأنه تمليك وإنه يتم بالمالك وحده، فحينئذ لا بد من القبض لثبوت الملك. وذكر الكرماني أن الإيجاب في الهبة عقد تام، وفي المبسوط أن القبض كالقبول في البيع، ولذا: لو وهب الدين من الغريم لم يفتقر إلى القبول كما في الكرماني، لكن في الكافي والتحفة أنه ركن، وذكر في الكرماني أنها تفتقر إلى الإيجاب، لأن ملك الإنسان لا ينقل إلى الغير بدون تمليكه، وإلى القبول لأنه إلزام الملك على الغير، وإنما يحنث إذا حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل، لأن الغرض عدم إظهار الجود وقد وجد الإظهار، ولعل الحق الأول، فإن التأويلات التصريح بأنه غير لازم، ولذا قال أصحابنا: لو وضع ماله في طريق ليكون ملكاً للرافع جاز اهـ. لكن يمكن الجواب بأن القبول كما يكون بالصريح يكون بالدلالة فيكون أخذه قبولاً دلالة كما يأتي.

وفي أبي السعود: وركنها الإيجاب والقبول ولو دلالة، وإنما حنث لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الموهوب له لأنه إنما منع نفسه مما هو في وسعه ويقضي بالبيع. وأجاب المقدسي بأن الهبة عقد تبرع فتتم بالمتبرع، بخلاف البيع اهـ.

وفيه. واختلف في أن ركنها الإيجاب والقبول أو الإيجاب فقط، وإلى الثاني ذهب صاحب الهداية والوقاية.

واعلم أن المراد بالإيجاب خصوص ما يوجد من طرف الواهب، واستدل له بما نقلناه عن القهستاني عن الخلاصة، بما نقلناه عن الكرماني ثم قال: فقولهم الإيجاب ما

(وحكمها: ثبوت الملك للموهوب له غير لازم) فله الرجوع والفسخ **(وعدم صحة خيار الشرط فيها)** فلو شرطه صحت

يتلفظ به أولاً ليس على إطلاقه بل بالنسبة لعقود المعاوضات اهـ. وفيه: والقبول، ولو فعلاً، ومنه ما قدمناه لو قال قد وهبت جاريتي هذه لأحدكم فليأخذها من شاء فأخذها رجل منهم تكون له وكان أخذها قبولاً، وما في المحيط من أنه أن لا يشترط في الهبة القبول مشكل. بحر.

وأقول: يمكن الجواب بأن المراد بالقبول القبول بالقول.

وفي الولوالجية: قال وهبت منك هذه العين فقبضها الموهوب له بحضرة الواهب ولم يقل قبلت صح، لأن القبض في باب الهبة جار مجرى الركن فصار كالقبول اهـ.

وفي شرح المجمع لابن ملك عن المحيط: لو كان أمره بالقبض حين وهب لا يتقيد بالمجلس، ويجوز قبضه بعده اهـ. وفي البحر: وكذا بقوله أذنت للناس جميعاً في ثمر نخلي، من أخذ شيئاً فهو له فبلغ الناس من أخذ شيئاً يملكه. كذا في الملتقى. وظاهره أن من أخذه ولم يبلغه مقالة الواهب لا يكون له كما لا يخفى اهـ.

وأقول: في جامع الفتاوى عن القنية: لو قال رجل من يتناول من مالي فهو مباح فتناول رجل من غير أن يعلم إباحته جاز الخ، فتأمل.

قال في خزانة الفتاوى: إذا دفع لابنه مالاً فتصرف فيه الابن يكون للأب إلا إذا دلت دلالة التمليك. بيري.

قلت: قد أفاد أن التلفظ بالإيجاب والقبول لا يشترط بل تكفي القرائن الدالة على التمليك، كمن دفع لفقير شيئاً وقبضه ولم يتلفظ واحد منهما بشيء، وكذا يقع في الهدية ونحوها فاحفظه، ومثله ما يدفعه لزوجته وغيرها، وعليه فتصح الهبة بالتعاطي، وسيأتي تمامه قريباً إن شاء الله تعالى. قوله: **(وحكمها)** أي الأثر المترتب عليها. منح. قوله: **(غير لازم)** أي إلا في الصور السبعة. قوله: **(فله الرجوع)** أي مع كراهة التحريم كما يأتي. قوله: **(والفسخ)** عطف خاص، فإن الفسخ من الألفاظ الدالة على الرجوع. قوله: **(وعدم صحة خيار الشرط فيها)** الأولى وعدم صحتها بخيار الشرط بقرينة التفريع، وإلا فمفاده أنها صحيحة مطلقاً والشرط باطل لأنه يمنع تمام القبض وهي لا تتم إلا به، وهذا لو شرط للمالك، فلو للموهوب له لا، إلا إن اختار قبل التفرق أو أبرأه صح لانتفاء المانع من صحة القبض. قوله: **(فلو شرطه)** بأن وهبه على أن الموهوب له بالخيار ثلاثة أيام. وقوله: «وكذا لو أبرأه هذا فيما لو كان شرط الخيار من جانب الواهب كما علمت، وكان عليه أن يذكره كما في المنح. ولو أبرأه على أنه بالخيار ثلاثة أيام صح

إن اختارها قبل تفرقهما، وكذا لو أبرأه صح الإبراء وبطل الشرط. خلاصة، (و) حكمها أنها (لا تبطل بالشروط الفاسدة) فهبة عبد على أن يعتقه تصح ويبطل

الإبراء ويبطل الخيار. قوله: (إن اختارها قبل تفرقهما) لانتفاء المانع من صحة القبض. قوله: (وكذا لو أبرأه) أي كما تصح إن اختار الهبة وسقط الخيار؛ وكذا لو أبرأه عن كل حق له عليه فيشمل حق الخيار فيصح الإبراء ويبطل الشرط لدخوله في عموم الإبراء؛ وكذا لو أبرأه عن خصوص شرط الخيار، لكن في اشتراط كونه قبل التفرق نظر لأنها تتم بالقبض، ولا يشترط كونه في المجلس فلم لا تنقلب صحيحة بعد سقوط الخيار، ولو بعد المجلس. يتأمل. قال الحلبي: والصواب إسقاط كذا كما عبر به في المنح، وإلا فالتشبيه غير صحيح اهـ.

أقول: لا غبار عليه؛ لأن التشبيه في عدم صحة خيار الشرط ولا يخفى حسنه، بل الصواب ما فعله الشارح. قوله: (صح الإبراء وبطل الشرط) لدخوله في عموم الإبراء، وهذا موافق لما تقدم في باب خيار الشرط من أن الشرط يدخل في الإبراء، بأن قال أبرأتك على أني بالخيار ذكره قبيل الإسلام من بحث الهزل. بحر. قال في الأشباه: إن الإبراء عن الدين يثبت فيه خيار الشرط اهـ.

وفي الشرنبلالية عن الواقعات أنه لو أبرأه عن حقه على أنه بالخيار صح الإبراء وبطل الخيار، لأن الإبراء دون الهبة في كونه تمليكاً؛ ولو وهب عيناً على أنه بالخيار صحت الهبة وبطل الخيار فهنا أولى اهـ.

لكن نقل الحموي عن العمادية: لو أبرأه من الدين على أنه بالخيار فالخيار باطل، ولعل في المسألة خلافاً؛ وبالثاني جزم الشارح. قوله: (وحكمها أنها لا تبطل بالشروط الفاسدة) قال في الخلاصة من البيع بشرط من كتاب البيوع: تعليق الهبة بالشرط باطل إن ذكر بكلمة إن: وإن ذكر بكلمة على، إن كان ملائماً بأن قال وهبتك هذا على أن تعوضني كذا صحت الهبة والشرط، وإن كان الشرط مخالفاً صحت الهبة وبطل الشرط اهـ أنقروي. وفي منهوته معزياً للبحر: من الشروط المفسدة في البيع، وقيد بعلى لأن الشرط لو كان بإن فإن البيع يفسد في جميع الوجوه إلا في مسألة ما إذا قال إن رضي أبي أو فلان في ثلاثة أيام، والظاهر من كلامهم أن كلمة بشرط كذا بمنزلة على لا إن اهـ.

أقول: والظاهر الفرق بين البيع والهبة.

قال في الهندية في البقالي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إن قال لغيره هذه العين لك إن شئت ودفعها إليه فقال شئت يجوز. وعن محمد رحمه الله تعالى في الثمر إذا طلع فقال صاحب الثمر لغيره هو لك إن أدرك أو قال إذا كان غد فهو جائز، بخلاف دخول الدار. كذا في الذخيرة.

الشرط.

(وتصح بإيجاب كوهبت،

لو وهب غلاماً أو شيئاً على أن الموهوب له بالخيار ثلاثة أيام، إن أجاز قبل الافتراق جاز، وإن لم يجز حتى افترقا لم يجز.

ولو وهب شيئاً على أن الواهب بالخيار ثلاثة أيام صحت الهبة وبطل الخيار، لأن الهبة عقد غير لازم فلا يصح فيها شرط الخيار. كذا في فتاوى قاضيخان.

رجل له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فالألف لك أو قال أنت بريء منه أو قال إذا أديت إلي نصف المال فأنت بريء من النصف الباقي أو قال فلك النصف الباقي فهو باطل. وكذا في الجامع الصغير اهـ. وسيأتي لذلك فروع آخر الباب إن شاء الله تعالى. قوله: (وتصح بإيجاب) عبر في الإصلاح بتنعقد.

قال في الإيضاح: لم يقل وتصح لأن الصحة أمر آخر وراء الانعقاد لها شرائط إن صادفتها تصح وإلا تنعقد فاسدة، والكلام هنا في بيان انعقادها بألفاظ مخصوصة اهـ. وقد يقال: المقصود انعقادها على وجه الصحة لأنه هو الذي يخلو عن الإثم ط.

قال العلامة الرملي. أقول إذا أطلقت الهبة يراد بها تمليك العين لا لإرادة الثواب من غير حمل على وجه الهداية، فإن ما يراد به الثواب يسمى صدقة، وما يحمل يسمى هدية. ويدخل في مسمى الهبة لغة، ولكن لا يشترط في هذين الإيجاب والقبول وأن كل واحد منهما هبة. تأمل اهـ. قوله: (كوهبت) فإنه أصل فيه.

قال في الهندية: وأما الألفاظ التي تقع بها الهبة فأنواع ثلاثة: نوع تقع به الهبة وضعاً. ونوع تقع به الهبة كناية وعرفاً. ونوع يحتمل الهبة والعارية مستوياً.

أما الأول: فكقوله وهبت هذا الشيء لك أو ملكته منك أو جعلته لك أو هذا لك أو أعطيتك أو نحلتك، هذا فهذا كله هبة.

وأما الثاني: فكقوله كسوتك هذا الثوب أو أعمرتك هذه الدار فهو هبة، كذا لو قال هذه الدار لك عمري أو عمرك أو حياتي أو حياتك فإذا مت فهو رد علي جازت الهبة وبطل الشرط.

وأما الثالث: فكقوله هذه الدار لك رقبى أو لك حبس ودفعها إليه فهو عارية عندهما. وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى هي هبة. كذا في محيط السرخسي.

ولو قال: أطعمتك هذا الطعام، فإن قال فاقبضه فهو هبة، وإن لم يقل فاقبضه يكون هبة أو عارية فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في شروحهم. كذا في المحيط.

ولو قال: حملتك على هذه الدابة يكون عارية إلا أن ينوي الهبة. وقيل هو من السلطان هبة. كذا في الظهيرية.

ونحلت وأطعمتك هذا الطعام ولو) ذلك (على وجه المزاح)،

والأصل في هذه المسائل أنه إذا أتى بلفظ ينبىء عن تمليك الرقبة يكون هبة، وإذا كان منبئاً عن تمليك المنفعة يكون عارية، وإذا احتمل هذا وذاك ينوي في ذلك كذا في المستصفى شرح النافع. وكل ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يكون هبة كقوله منحتك هذا الطعام أو هذه الدراهم أو هذه الدنانير، فإن أضافها إلى ما يمكن الانتفاع به مع قيامه حملناها على العارية لأنها الأدنى وإن أضافها إلى ما لا يمكن الانتفاع به إلا بالاستهلاك حملناها على الهبة. كذا في محيط السرخسي اهـ. قوله: **(ونحلت)** لكثرة استعماله فيه.

قال في مختصر الصحاح: نحل بالكسر أعطى عن طيب نفس من غير مطالبة، وقيل من غير أن يأخذ عوضاً اهـ. والنحلة: العطية. مغرب. قوله: **(وأطعمتك هذا الطعام)** زاد صاحب الدرر فاقبضه تبعاً لما تقدم عن المحيط فقال: إضافة الإطعام إلى ما يطعم عينه يحتمل التمليك والإباحة، فإذا احتمل الأمرين، فإذا قال اقبضه دل ذلك على أن المراد التمليك الخ. قوله: **(ولو فعلك على وجه المزاح)** نقله في البحر عن الخلاصة. ورده المقدسي عليه بأنه ليس في الخلاصة ما يفيد دعواه. والذي فيها أنه طلب الهبة مزاحاً لا جداً فوهبه جداً وسلم صحت الهبة، لأن الواهب غير مازح، وقد قبل الموهوب له قبولاً صحيحاً. كذا في حاشية أبي السعود عن الحموي.

قلت: وليس في كلام البحر ما يقتضي أن المزاح وقع في الإيجاب، إذ عبارته أطلقها فشمل ما إذا كان على وجه المزاح فإن الهبة صحيحة، وعزاه إلى الخلاصة، لأن قوله أطلقها: أي أطلق الهبة. قوله. (فشمل ما إذا كان): أي طلبه لها. تأمل.

وعبارة الخلاصة قال: هب لي على وجه المزاح فوهب وقبل وسلم صح، وهذا لا يدل على ذلك، إذ المزاح إنما وقع في طلبها وهي وقعت بلا مزاح مستجمعة للشرائط، وما نقله المصنف عن الخزانة مستدلاً به على ما في متنه لا يفيده أيضاً فإنه نحو ما في الخلاصة. وكذا ما في القهستاني لا يفيده أيضاً، ونصه: ويدخل فيه ما يكون على وجه المزاح، فلو قال وهبت لي كذا فقال وهبت وقال الآخر قبلت وسلم إليه جاز اهـ.

على أن الهبة تمليك والتمليك يعتمد الرضا والرضا غير حاصل في الهزل. نعم ذكر في المنح أنه أخذه مما روي عن عبد الله بن المبارك أنه مر بقوم يضربون الطنبور فوقف عليهم وقال هبوه مني حتى تروا كيف أضرب فدفعوه إليه فضربه على الأرض وكسره، فقال: رأيتم كيف أضرب؟ قالوا أيها الشيخ خدعتنا، وذكر هذه الواقعة في الخانية. ثم قال: وإنما قال لهم ذلك احترازاً عن قول أبي حنيفة فإن عنده كسر الملاهي يوجب الضمان وهذا دليل على ما مر من أن هبة المازح جائزة. كذا في فتاوى قاضيخان. والذي

بخلاف أطعمتك أرضي فإنه عارية لرقبتها وإطعام لغلتها. بحر (أو الإضافة إلى ما) أي إلى جزء (يعبر به عن الكل كوهبت لك فرجها وجعلته لك) لأن اللام للتمليك، بخلاف جعلته باسمك،

م هو قوله رجل قال لآخر هب لي هذا الشيء مزاحاً فقال وهبت وسلم. قال أبو نصر: إنما يجوز ذلك اهـ.

فهذه هبة صحيحة وقعت مزاحاً، لأن ابن المبارك بزهده وجلالة قدره لا يناسب هبة الملاهي، فالظاهر أن ذلك وقع على سبيل المزح، وكأنه ألحق الهزل من قولهم خادعتنا لأنهم لو وهبوه قصداً لم يروه خداعاً منه وفيه تأمل لأن الإنسان يسمح بالهبة لمن يحتاج الشيء ولا يسمح به لمن يريد كسره، فقد رأوه خداعاً لهم حيث أوهمهم أنه يستمنح كرمهم وهو يريد إزالة منكرهم، على أن فعل ابن المبارك لو سلم أنه كان على طريق الهزل ليس بحجة، بل لا بد له من دليل يستند إليه فليطلب ذلك الدليل. قوله: (بخلاف أطعمتك أرضي الخ) مفهوم قوله هذا الطعام. وقدمنا عن الهندية: لو قال منحتك هذه الأرض أو هذه الدار أو هذه الجارية فهو إعارة. ولو قال منحتك هذا الطعام أو هذه الدراهم أو الدنانير وكل ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يكون هبة. قوله: (فإنه عارية لرقبتها) بحر الحقيقة لأن الأرض لا تطعم، فهو كمسألة النخلة فإن اليمين تنعقد على ثمرها وهنا التمليك ينعقد على منفعتها فيكون عارية. قوله: (وإطعام لغلتها) أي التي يزرعها المستعير كما تقدم ما يفيده. قوله: (أو الإضافة الخ) معطوف على محذوف مأخوذ من الكلام السابق وهو قوله كوهبت الخ، فإن الأفعال الثلاثة واقعة على الطعام وهو كلي، فكأنه قال بإيجاب بإضافة الكل وهو المشار إليه بقوله كوهبت الخ أو الإضافة إلى ما يعبر به عن الكل. وظاهر عبارة المصنف أنه معطوف على مزاح. والأوضح في التعبير ولو بالإضافة. أي ولو صدر الإيجاب بالإضافة الخ. تأمل. قوله: (وجعلته لك) معطوف على مدخول الكاف في قوله كوهبت. قوله: (لأن اللام للتمليك) ولأن الجعل عبارة عن التمليك. قاله قاضيخان. قوله: (بخلاف جعلته باسمك) فإنه يحتمل الهبة ويستعمله البياع كثيراً يريد إن خبأته لك البيع، وكذا هي لك حلال يحتمل أن يكون بالعارية أو الهبة أو البيع، فلا تثبت الهبة مع الاحتمال إلا بالقرينة وهي التي عناها بقوله إلا أن يكون الخ.

قال في البحر: قيد بقوله لك لأنه لو قال جعلته باسمك لا يكون هبة. ولهذا قال في الخلاصة: لو غرس لابنه كرماً، إن قال جعلته لابني يكون هبة، ولو باسم ابني لا يكون هبة. ولو قال اغرس باسم ابني فالأمر متردد وهو إلى الصحة أقرب اهـ.

قال في المنح: وفي الخانية: قال جعلته لابني فلان يكون هبة لأن الجعل عبارة عن

فإنه ليس بهبة، وكذا هي لك حلال،

التمليك، وإن قال اغرسه باسم ابني لا يكون هبة، وإن قال جعلته باسم ابني يكون هبة، لأن الناس يريدون به التمليك والهبة اهـ. وفيه مخالفة لما في الخلاصة كما لا يخفى.

قال الرملي في حاشية المنح: ما في الخانية أقرب لعرف الناس اهـ. ورأيت في الولوالجية ما نصه: رجل له ابن صغير فغرس كرماً له فهذا على ثلاثة أوجه: إن قال: غرس هذا الكرم باسم ابني فلان أو قال جعلته لابني فلان هبة لأن الجعل إثبات فيكون تمليكاً، وإن قال جعلته باسم ابني فالأمر متردد وهو أقرب إلى الوجه الأول اهـ. ولتراجع نسخة أخرى تأمل، نعم جرى عرف الناس بالتمليك مطلقاً. تأمل.

بقي ما لو قال ملكتك هذا الثوب مثلاً فإن قامت قرينة على الهبة صحت وإلا فلا، فإن التمليك أعم من الهبة لصدقه على البيع والوصية والإجارة وغيرها، وفي الكازروني أنها هبة، لكن في الحامدية عن الخير الرملي نافلاً عن جامع الفصولين في تحليل المحاضر والسجلات برمز التتمة: عرض على محضر كتب فيه ملكه تمليكاً صحيحاً ولم يبين أنه ملكه بعوض أو بلا عوض. قال: أجبت أنه لا تصح الدعوى ثم رمز لشروط الحكم اكتفى به في مثل هذا بقوله: وهب له هبة صحيحة وقبضها، ولكن ما أفاد في التتمة أجود وأقرب إلى الاحتياط اهـ. قوله: (فإنه ليس بهبة) هذا أحد قولين وهو غير الأظهر.

قال في الهندية: أبو الصغير غرس كرماً أو شجراً ثم قال جعلته لابني فهو هبة، وإن قال جعلته باسم ابني لا يكون هو الأظهر وعليه أكثر مشايخنا فيالبة، وإن لم يرد الهبة يصدق ملتقط، ولو قال اغرسه باسم ابني لا يكون هبة. خانية.

قال الأب جميع ما هو حقي وملكي فهو ملك لولدي هذا الصغير فهذا كرامة لا تمليك، بخلاف ما لو عينه فقال حانوتي الذي أملكه أو داري لابني الصغير فهو هبة ويتم بكونها في يد الأب. قنية. ولو قال هذا الشيء لولدي الصغير فلان جاز ويتم من غير قبول. تاترخانية اهـ. فقولهم القبول شرط لثبوت الملك في الموهوب يستثنى منه الهبة للصغير من أبيه. قوله: (وكذا هي لك حلال) لأنه إن كان ثمة يحتمل حل النكاح أو الإباحة ولا صحة في الفروج.

فروع: قال لغيره أنت في حل مما أكلت من مالي له أن يأكل إلا إذا قامت أمارة النفاق. ولو قال من أكل من شجرتي فهو في حل يأكل منها الغني والفقير على المختار. ولو قال حللني من كل حق هو لك علي ففعل وأبرأه إن كان صاحب الحق عالماً به برىء حكماً وديانة، وإن لم يكن عالماً به برىء حكماً إجماعاً وديانة عند الثاني وعليه الفتوى، والمباح له لا يحل له التناول حتى يعلم بالإذن والإباحة، ولو تناول قبل ذلك تناول حراماً.

إلا أن يكون قبله كلام يفيد الهبة. خلاصة (وأعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة) ناوياً بالحمل الهبة، كما مر (وكسوتك هذا الثوب وداري لك هبة) أو عمرى (تسكنها) لأن قوله تسكنها مشورة

وفي البزازية: لو قال أنت في حل مما أكلت من مالي أو أخذت أو أعطيت حل له الأكل والأخذ والإعطاء اهـ. ولو قال المغصوب منه أنت في حل مما غصبت مني والمغصوب قائم فذلك على البراءة من ضمانها والعين للمغصوب منه اهـ.

وفي الخانية: رجل أضل لؤلؤة فوهبها لآخر وسلطه على طلبها وقبضها متى وجدها، قال أبو يوسف: هذه هبة فاسدة لأنها على خطر، والهبة لا تصح مع الخطر. وقال زفر: تجوز. قال المقدسي: فكأنه قاسها على من سيب دابة. قوله: (**إلا أن يكون قبله كلام يفيد الهبة**) كأن يقول أعطني ذلك أو إن نفسي رغبت في إعطاء هذا الشيء أو أنت لم تهبني شيئاً قبل هذا ط. قوله: (**وأعمرتك هذا الشيء**) هي أن يملكها له طول عمره فإذا مات ترد على المعمر، وهذا كان قبل الإسلام ثم جاء في الحديث «مَنْ أُعْمِرَ عُمْرَى فَهِيَ لِلْمُعْمَرِ لَهُ وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ»[1] ولأنها تمليك شرط فيه الاسترداد بعد الموت وهو شرط فاسد لا تبطل به الهبة بل يبطل الشرط كما في الزيلعي. قوله: (**وحملتك على هذه الدابة**) لأن الحمل على الدابة إركاب، وهو تصرف في منافعها لا في عينها فتكون عارية، إلا أن يقول صاحبها أردت الهبة لأنه نوى محتمل كلامه وفيه تشديد عليه، ومثله أخدمتك هذه الجارية. بحر. ولا يخفى أن التعيين باسم الإشارة في هذا وما قبله وما بعده تحرزاً عن الجهالة إذا كان للمعمر ومن بعده غيره. قوله: (**ناوياً بالحمل الهبة**) لأن الحمل يستعمل في الهبة والعارية وإن كان أصله العارية لأن الحمل تصرف في المنفعة، فإذا نوى الهبة صحت لوجود استعماله في التمليك يقال حمل الأمير فلاناً على دابة إذا ملكه إياها ط. قوله: (**كما مر**) أي في العارية من قوله ومنحتك ثوبي وجاريتي وحملتك على دابتي. قوله: (**وكسوتك هذا الثوب**) لأنه يراد به التمليك. قال تعالى: ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] فإن المراد به تمليك العين لأن الكفارة لا تتأدى بالمنافع، ويقال كسا الأمير فلاناً ثوباً: إذا ملكه لا إذا أعاره.

وفي الخلاصة: لو دفع إلى رجل ثوباً وقال ألبس نفسك ففعل يكون هبة. ولو دفع إليه دراهم وقال أنفقها تكون قرضاً اهـ. ولو قال متعتك بهذا الثوب أو بهذه الدراهم فهي هبة، كذا في المحيط. بحر. قوله: (**وداري لك**) مبتدأ وخبر قوله: (**هبة**) نصب على الحال من ضمير الظرف واللام في لك للتمليك اهـ. درر قوله: (**مشورة**) بتسكين الشين وفتح

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/١٢٣.

لا تفسير لأن الفعل لا يصلح تفسيراً للاسم فقد أشار عليه في ملكه بأن يسكنه، فإن شاء قبل مشورته، وإن شاء لم يقبل (لا) لو قال (هبة سكنى أو سكنى هبة) بل تكون عارية أخذاً بالمتيقن.

وحاصله: أن اللفظ إن أنبأ عن تمليك الرقبة فهبة أو المنافع فعارية أو احتمل اعتبر النية. نوازل.

وفي البحر: اغرسه باسم ابني الأقرب الصحة

الراو وبضم الشين وسكون الواو بمعنى الشورى: وهي استخراج رأي على قالب الظن اهـ. إتقاني. قوله: (لا تفسير) لأن الفعل لا يصلح تفسيراً للاسم، وهذا لا ينافي الهبة بل بنيه عن المقصود بمنزلة هذا الطعام لك تأكله كما يأتي قريباً قوله: (فقد أشار عليه في ملكه) كقوله هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه. بحر. وقد تقدم أن العمرى كالهبة، فقوله هذا هبة ليس بقيد، بل لو قال داري لك عمرى تسكنها كان كذلك نص عليه في الهداية، ولذا نص عليه الشارح رحمه الله تعالى. قوله: (لا لو قال هبة سكنى) أي داري لك هبة سكنى بنصب هبة على الحال كما تقدم، وسكنى منصوب على التمييز لما في قوله داري لك من الإبهام: يعني أنها عارية فيهما، لأن السكنى محكم في تمليك المنفعة فكان عارية قدم لفظ الهبة أو أخره، ولو ذكر بدل سكنى عارية كان عارية بالأولى، ولو قال هي لك هبة إجارة كل شهر بدرهم أو إجارة هبة فهي غير لازمة فيملك كل فسخها بعد القبض ولو سكن وجب الأجر. كذا في البحر عن المحيط. قوله: (أخذ بالمتيقن) برفع أخذ على أنه خبر مبتدأ محذوف كما في بعض النسخ، وفي النسخة التي بيدي أخذاً بالنصب. قوله: (إن أنبأ عن تمليك الرقبة) أي فقط، وكذا يقال فيما بعد. قوله: (اعتبر النية) وعند عدم النية يثبت الأدنى وهو العارية، وهذه المسألة: أعني داري لك هبة سكنى على ترد تعريف الهبة بأنها تمليك العين الخ لأنه بالنسبة للهبة المطلقة بأن كانت غير مقيدة فلهذا كانت لتمليك المنفعة، بخلاف تسكنها حيث لا ينافي ثبوت الملك في العين لأنه للتنبيه على ما هو المقصود فلم يكن للتقييد، وأما هبة الدين ممن عليه فمجاز عن الإسقاط كما سبق، فالتعريف المذكور بالنسبة للحقيقة، وكذا لا يرد على التعريف الوصية لأن المتبادر من تعريفها بأنها تمليك العين أي حالاً. على أن الكرماني ذكر أنها هبة معلقة بالموت. ثم رأيته في القهستاني ما يفيد كون العارية من أفراد الهبة حيث قال بعد أن عرف الهبة بأنها تمليك العين ما نصه: ويخرج عنه الإجارة والعارية والمهايأة، لكن في النظم أن الهبة لعموم التمليك، حتى لو قال وهبت لك هذه الدار والثوب لتسكن فيها أو تلبسه شهراً فقبل يصح انتهى. لكن اللائق بالتعريف الذي ذكره المصنف ما قدمناه من الجواب بأن سكنى للتقييد. قوله: (وفي البحر الخ) نقله عن الخلاصة، والذي في الهندية

(و) تصح (بقبول) أي في حق الموهوب له، أما في حق الواهب فتصح بالإيجاب

عن فتاوى قاضيخان: أنه لا يكون هبة وعليه الاعتماد، وقدمنا الكلام فيه قريباً.

وأقول: قوله جعلته باسمك ليس بصحيح كما مر، فكيف يكون ما هو أدنى رتبة منه أقرب إلى الصحة؟ على أن الغرس باسم فلان يقصد به في عرفنا التمليك. وقد يفرق بأن ما مر ليس خطاباً لابنه بل للأجنبي، وما هنا مبني على العرف؛ تأمل.

قال في جامع الفتاوى: قطع ثوباً لولده الصغير صار واهباً له بالقطع مسلماً له قبل الخياطة، ولو كان كبيراً لا تصح الهبة إلا بعد الخياطة والتسليم.

وفي البزازية: اتخذ لولده ثياباً ليس له أن يدفعها إلى غيره إلا إذا بين وقت الاتخاذ أنها عارية، وكذا لو اتخذ لتلميذه ثياباً فأبق التلميذ فأراد أن يدفعها إلى غيره انتهى. لكن فرق في الخانية بين التلميذ والولد الصغير بأن بمجرد اتخاذ الأب لولده الصغير تصير ملكاً له، أما التلميذ وولده الكبير فلا بد من التسليم كما ذكرنا.

ثم إن قوله إلا إذا بين وقت الاتخاذ الخ يفيد أنه لو سلمها للتلميذ ولم يبين أنها إعارة ليس له دفعها إلى غيره، ولعل وجهه أنه جعلها في مقابلة خدمته له فلا تكون هبة خالصة فلا يمكنه الرجوع فيها وإلا فهما مانع منه. تأمل. قوله: (وتصح بقبول) أي ولو فعلاً ومنه وهبت جاريتي هذه لأحدكما فليأخذها من شاء فأخذها رجل منهما تكون له وكان أخذه قبولاً كما قدمنا، وكذا ما ذكره المقدسي: دفع له ثوبين فقال أيهما شئت لك والآخر لابنك فلان، إن بين الذي له قبل التفريق جاز وإلا لا اهـ. وما في البحر عن المحيط من أنها تدل على أنه لا يشترط في الهبة القبول مشكل انتهى.

قلت: يظهر لي أنه أراد بالقبول قولاً، وعليه يحمل كلام غيره أيضاً، وبه يظهر التوفيق بين القولين باشتراط القبول وعدمه، والله تعالى الموفق، وتقدم نظيره في العارية، نعم القبول شرط لو كان الموهوب في يده كما يأتي.

قال في التاترخانية: وفي الذخيرة: قال أبو بكر رحمه الله تعالى: إذا قال الرجل لغيره وهبت عبدي هذا منك والعبد حاضر فقبض الموهوب له العبد ولم يقل قبلت جازت الهبة، كذلك لو كان العبد غائباً فذهب وقبضه ولم يقل قبلت جازت الهبة. قال الفقيه أبو الليث: وبقول أبي بكر نأخذ.

وفي التهذيب: ولو قال قبضته قال أبو بكر جازت الهبة من غير قوله قبلت، ويصير قابضاً في قول محمد وقال أبو يوسف: لا يصير قابضاً ما لم يقبض انتهى، وقد سبق عن القهستاني أنه لا يشترط القبول، فإن من وضع ماله في الطريق ليكون لمن رفعه جاز، لكن قال المقدسي: وفي الخانية ما يخالف هذا الاختيار، قال رجل قال لختنه بالفارسية:

وحده؛ لأنه تبرع حتى لو حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر وبعكسه حنث بخلاف البيع (و) تصح (بقبض بلا إذن في المجلس) فإنه هنا كالقبول فاختص بالمجلس (وبعده به) أي بعد المجلس بالإذن.

وفي المحيط: لو كان أمره بالقبض حين وهبه لا يتقيد بالمجلس، ويجوز

ابن زمين ترا: أي هذه الأرض لك مذهب وزرعها إن قال الختن عندما قال هذه المقالة قبلت صارت الأرض له، فإن لم يقل قبلت لا شيء له اهـ. وما مر ويأتي من مسألة العبد يخالف هذه المسألة في الجواب فليتأمل.

فرع: في التاترخانية: رجل مات فوهبت له امرأته مهرها جاز؛ لأن القبول ليس بشرط ولو وهب الغريم الدين من الوارث صح بلا خلاف.

وفي قاضيخان: رجل له على آخر دين فبلغه أنه مات فقال جعلته في حل أو قال أبرأته ثم ظهر أنه حي ليس له أن يطالب أن يأخذ منه لأنه وهب له بغير شرط اهـ. قوله: (لأنه تبرع) أي وعقود التبرع يكفي فيها الإيجاب وحده بالنظر للموجب. قوله: (حتى لو حلف) تقدم الكلام عليه، وقد أطال الكلام في ذلك قاضي زاده. قوله: (بخلاف البيع) أي إذا حلف أنه يبيع لفلان كذا فباع ولم يقبل فإنه يحنث، لأن البيع عقد معاوضة لا يتم إلا بالإيجاب والقبول، فما لم يوجد القبول لا يقال إنه باع، وهذا تعريض لصاحب الدرر حيث قال: والقبول عطف على إيجاب، فإنه كالبيع لا تصح إلا بالإيجاب والقبول اهـ. وكأنه اقتفى فيه أثر صاحب الكافي والكفاية والتحفة.

وقال الإمام خواهر زاده في مبسوطه: ركنها مجرد إيجاب الواهب، والقبول شرط ثبوت الملك للموهوب له. ومال إليه أكثر الشراح وتبعهم الشارح.

وفي البدائع: القبول ليس بركن استحساناً. والقياس أن يكون ركناً وهو قول زفر.

وذكر في المنح إنما عدل القدوري عن لفظ تنعقد إلى لفظ تصح؛ لأن الهبة تتم من جانب الواهب لأنه تمليك من جانب واحد، وباقي التفصيل في التكملة فراجعه. قوله: (وتصح بقبض) قال في المنح: أفاد أنه لا بد من القبض فيها لثبوت الملك لا للصحة لما في المجتبى: فأما القبض فشرط لثبوت الملك اهـ. قوله: (فإنه هنا كالقبول) فاختص بالمجلس، وهذا استحسان، والقياس أنه لا يجوز إلا بإذنه.

وجه الاستحسان أن القبض كالقبول في الهبة والهبة لا يملك بها قبله ويغني عن القبول، والمقصود من الإيجاب إثبات الملك فيكون تسليطاً على القبض دلالة إذ ملكه لا يتصور إلا به فيتقيد ذلك بالمجلس كالقبول لأنه بمنزلته اهـ. زيلعي. قوله: (وبعده به) لأن الإذن ثبت نصاً، والثابت نصاً ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس شمني. قوله: (لا يتقيد بالمجلس) لما ذكر أن الإذن ثبت نصاً الخ.

القبض بعده، (والتمكن من القبض كالقبض؛ فلو وهب لرجل ثياباً في صندوق

قال في الهندية: ولا يتم حكم الهبة إلا مقبوضة، ويستوي فيه الأجنبي والولد إذا كان بالغاً. هكذا في المحيط. والقبض الذي يتعلق به تمام الهبة وثبوت حكمها القبض بإذن المالك، والإذن تارة يثبت نصاً وصريحاً، وتارة يثبت دلالة، فالصريح أن يقول اقبضه إذا كان الموهوب حاضراً في المجلس ويقول اذهب واقبضه إذا كان غائباً عن المجلس

ثم إذا كان الموهوب حاضراً وقال له الواهب اقبضه فقبضه في المجلس أو بعد الافتراق عن المجلس صح قبضه وملكه قياساً واستحساناً.

ولو نهاه عن القبض بعد الهبة لا يصح قبضه لا في المجلس ولا بعد الافتراق عن المجلس، وإن لم يأذن له بالقبض صريحاً ولم ينهه عنه، إن قبضه في المجلس صح قبضه استحساناً لا قياساً، وإن قبضه بعد الافتراق عن المجلس لا يصح قبضه قياساً واستحساناً، ولو كان الموهوب غائباً فذهب وقبض، إن كان القبض بإذن الواهب جاز استحساناً لا قياساً، وإن كان بغير إذنه لا يجوز قياساً واستحساناً هكذا في الذخيرة.

لو وهب شيئاً حاضراً من رجل فقال الموهوب له قبضته صار قابضاً عند محمد رحمه الله تعالى خلافاً لأبي يوسف رحمه الله تعالى. كذا في السراجية.

وفي البقالي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال قبضته فقال قبضت والموهوب حاضر جاز إذا لم يبرح الموهوب له قبل قوله قبضت، ولا يكفي قوله قبلت. وإذا لم يقل اقبضه فإنما القبض أن ينقله، فإذا لم يقل قبضت لم يجز وإن نقل إلا أن تكون الهبة بمسألته. كذا في المحيط.

ولو قال لرجل هب لي هذا العبد فقال وهبت تمت الهبة كذا في الينابيع انتهى، وتقدم الكلام عليه قريباً فلا تنسه. قوله: (والتمكن من القبض) أي العادي لا العقلي، وموضوع هذا فيما إذا قبض الموهوب له وغيره. وأما التمكن بالتخلية فقد ذكره بعد ط قوله: (كالقبض) ولهذا قال في الاختيار: ولو وهب من رجل ثوباً فقال قبضته صار قابضاً عند أبي حنيفة، ويجعل تمكنه من القبض كالتخلية في البيع. وقال أبو يوسف: لا بد من القبض بيده اهـ بحر.

قال ابن الكمال: قبض كل شيء بما يناسبه، فقبض مفتاح الدار قبض لها، وقبض ما يحتمل القسمة يكون بها، وقبض ما لا يحتملها يكون بقبض كله اهـ

قال في التاترخانية: قد ذكرنا أن الهبة لا تتم إلا بالقبض والقبض نوعان: حقيقي وأنه ظاهر. وحكمي وذلك بالتخلية؛ وقد أشار في هذه المسألة أي مسألة التمكن من القبض فنص إلى القبض الحكمي وهو القبض بطريق التخلية، وهذا قول محمد خاصة. وعند أبي يوسف: التخلية ليست بقبض، وهذا الخلاف في الهبة الصحيحة. فأما الهبة

مقفل ودفع إليه الصندوق لم يكن قبضاً) لعدم تمكنه من القبض (وإن مفتوحاً كان قبضاً لتمكنه منه) فإنه كالتخلية في البيع اختيار. وفي الدرر: والمختار صحته بالتخلية في صحيح الهبة لا فاسدها. وفي النتف: ثلاثة عشر عقداً لا تصح بلا قبض.

الفاسدة فالتخلية ليست بقبض اتفاقاً اهـ. قوله: (والمختار صحته) أي القبض بالتخلية ظاهرة وإن لم يقبضه الموهوب له، وهو خلاف ما في حاشية الشلبي عن شرح الإسبيجابي أنه إذا كان العبد حاضراً فقال الواهب قد خليت بينك وبين الهبة فاقبضها فانصرف الواهب فقبضه الموهوب له جاز، لأن التخلية إقباض منه، فإذا قبضه بإذنه تم العقد أما البيع فيتنزل قابضاً بمجرد التخلية وإن لم يباشر القبض.

والفرق أن القبض واجب عليه في البيع والبائع محتاج إلى إخراج نفسه من عهدة المبيع، فإذا أتى بما وسعه فقد برىء، وليس في وسعه إلا التخلية، وأما الهبة فإن التسليم ليس بواجب عليه فيها فإذا لم يسلمه إليه ويقبضه لا يعد مسلماً اهـ بتصرف.

ونقل بعده عن المحيط ما نصه: وفي النوادر: رجل وهب من رجل ثوباً وهو حاضر فقال الموهوب له قبضته. قال أبو حنيفة: صار قابضاً لأنه متمكن من قبضه فأقيم تمكنه مقام قبضه كالتخلية في باب البيع. وقال أبو يوسف: لا يصير قابضاً ما لم يقبضه بنفسه لأنه غير قابض حقيقة اهـ. فعلى هذا محمد مع أبي حنيفة رحمهم الله تعالى، والقبض حقيقة عنده بالنقل من ذلك المكان اهـ ط.

وفي الخانية: الأصح أن الإقرار بالهبة لا يكون إقراراً بالقبض اهـ.

فرع: لو وهب الغائب دراهم وأرسلها فقال الموهوب له تصدق بها عليك أو على غني لا يجوز، وإن تصدق يضمن للواهب.

فرع آخر: اختلف الواهب والموهوب له في القبض القول للموهوب له إن قال وهبته لي وقبضته بإذنك وإن قال كان بمنزلنا لا بحضرتنا فأمرتني بقبضه فقبضته لا. قوله: (وفي النتف الخ) عبارتها: أحدها الهبة والصدقة والرهن والوقف في قول محمد بن الحسن والأوزاعي وابن شبرمة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح والعمري والنحلة والحبيس والصلح ورأس المال في السلم والبدل في الصرف إذا وجد بعضه زيوفاً، فإذا لم يقبض بدلها قبل الافتراق بطل حصتها من السلم، والحادي عشر: الصرف، والثاني عشر: إذا باع الكيلي بالكيلي والجنس مختلف، مثل الحنطة بالشعير جاز فيها التفاضل، ولا تجوز النسيئة، والثالث عشر: إذا باع الوزني بالوزني مختلفاً مثل الحديد بالصفر أو الصفر بالنحاس أو النحاس بالرصاص جاز فيها التفاضل، ولا تجوز بها النسيئة. وقوله الحبيس بالحاء المهملة

(ولو نهاه عن القبض لم يصح) قبضه (مطلقاً) ولو في المجلس لأن الصريح أقوى من الدلالة (وتتم) الهبة (بالقبض) الكامل (ولو الموهوب شاغلاً لملك الواهب

والباء الموحدة بعدها ياء تحتية وبالسين المهملة كما هو مثبت بخط السائحاني في هامش الدر نقلاً عن المنح، وقد راجعت المنح بخط الشيخ محفوظ ابن المصنف رحمهما الله تعالى فوجدته ترك لها بياضاً ولم يثبت شيئاً، وفي بعض النسخ قال السائح: الجنس بالجنس بالجيم والنون والسين، وهي ظاهرة، وفي بعضها الجنين، وظاهره أنه يصح إذا قبضه بعد الولادة، لكن نص المصنف فيما يأتي أنه لو وهب الحمل وسلمه لا يجوز لأن في وجوده احتمالاً فصار كالمعدوم اهـ. فظاهر أنهما نسختان الأولى الجنس بالجنس، والثانية الحبيس وهي الموافقة لما في نسختي المنح لكنها داخلة في الوقف، لأن الحبيس من الخيل الموقوف في سبيل الله تعالى كما في القاموس، فتأمل.

ثم رأيت في الخانية ما نصه: ولو قال هذه الدار لك حبيس فدفعها إليه كان باطلاً في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف: هي هبة جائزة وقوله: حبيس أو رقبى باطل اهـ. قوله: (لأن الصريح أقوى من الدلالة) وهذا الصريح أفاد الرجوع عن الهبة قال شيخ الإسلام: لأن نهي الواهب الموهوب له عن القبض رجوع عن الإيجاب لأن القبض في باب الهبة بمنزلة القبول في باب البيع. والبائع لو نهى المشتري عن القبول بعد الإيجاب كان ذلك رجوعاً منه عن الإيجاب دلالة فكذلك هذا ولو رجع ثم قبض لا يصح قبضه، فكذلك هذا اهـ.

والحاصل: أنه إن أذن بالقبض صريحاً صح قبضه في المجلس وبعده ولو نهاه لم يصح قبضه له في المجلس ولا بعده؛ لأن الصريح أقوى من الدلالة، ولو لم يأذن ولم ينه صح قبضه في المجلس لا بعده، ولو كان الموهوب غائباً فذهب وقبض إن كان بإذن صح وإلا لا ذكره القهستاني ط. قوله: (وتتم الهبة بالقبض الكامل) قدمنا قريباً عن ابن الكمال بيانه، وهو أن قبض كل شيء بما يناسبه الخ. قال في الغرر: والقبض الكامل في المنقول بما يناسبه وفي العقار بما يناسبه، فقبض مفتاح الدار قبض لها، والقبض الكامل فيما يحتمل القسمة بالقسمة حتى يقع القبض على الموهوب بالأصالة من غير أن يكون بتبعية قبض الكل، وفيما لا يحتمل القسمة بتبعية الكل اهـ. وكذا الحكم من غير فرق في الصدقة والقرض والرهن والبيع الفاسد، لأنها كالهبة في الافتقار إلى القبض كما في المنح هذا الذي ذكره في هبة العين. أما إذا وهب الدين فإنه لم يجز ما لم يأذن في قبضه وقبضه في المجلس بحضرته لا يجدي نفعاً كما في الشروح وتقدم ذلك ويأتي. وفي الخانية: وكل الموهوب له رجلين بقبض الدار فقبضاها جاز. قوله: (ولو الموهوب شاغلاً لملك الواهب لا مشغولاً به) قال الشمني: ولو وهب داراً بمتاعها وسلمها فاستحق المتاع صحت الهبة في الدار؛

لا مشغولاً به)، والأصل أن الموهوب إن مشغولاً بملك الواهب،

لأن الاستحقاق ظهر به أن يده في المتاع كانت يد غصب وصار كما لو غصب الدار والمتاع.

وهب المالك له الدار، أو أودعه الدار والمتاع ثم وهب له الدار فإنه يصح ولو وهب أرضاً وزرعها وسلمها فاستحق الزرع بطلت الهبة في الأرض، لأن الزرع مع الأرض بحكم الاتصال كشيء واحد، فإذا استحق أحدهما صار كأنه استحق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة، فتبطل الهبة في الباقي اهـ.

وفي الهندية: واشتغال الموهوب بملك غير الواهب، هل يمنع تمام الهبة ذكر صاحب المحيط في الباب الأول من هبة الزيادات أنه لا يمنع، فإنه قال: لو أعار داره من إنسان ثم المستعير غصب متاعاً ووضعه في الدار، ثم وهب المعير الدار من المستعير صحت الهبة في الدار، وكذلك لو أن المعير هو الذي غصب المتاع ووضعه في الدار ثم وهب الدار من المستعير كانت الهبة تامة، وإن تبين أن الدار مشغولة بما ليس بموهوب، لما أنها لم تكن مشغولة بملك الواهب وهو المانع من تمام الهبة. كذا في الفصول العمادية.

لو أودعه الدار والمتاع ثم وهب الدار صحت الهبة، فإن هلك المتاع ولم يحوله ثم جاء مستحق واستحق المتاع كان له أن يضمن الموهوب له وذكر ابن رستم أن هذا قول محمد رحمه الله تعالى. أما في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: لو استحق وسادة منها تبطل الهبة في الدار، كذا في التاترخانية ومثله في البحر عن المحيط اهـ.

لكن صرح في زيادات قاضيخان: أن الاشتغال بملك غير الموهوب له يمنع صحة الهبة. سواء كان ملك الواهب أو غيره، لكن الهبة إنما تمتنع إذا كان الاشتغال بمتاع في يد الواهب، أو في يد غير الموهوب له أما إذا كان المتاع في يد الموهوب له بغصب أو عارية، أو غير ذلك فلا تمتنع. واستدل عليه بمسائل الإجارة والغصب والاستحقاق، فظهر أن الأصل أن الهبة إذا كانت مشغولة بملك الواهب أو بملك غير الموهوب له تمنع الهبة إذا لم يكن في يد الموهوب له، كما في جامع الفصولين وأقره في نور العين، فتأمل.

قوله: (والأصل أن الموهوب إن مشغولاً بملك الواهب منع تمامها وإن شاغلاً لا) عبارة العمادية: هبة الشاغل تجوز وهبة المشغول لا تجوز، والأصل في جنس هذه المسائل أن اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام الهبة، لأن القبض شرط. وأما اشتغال ملك الواهب بالموهوب، فلا يمنع تمام الهبة.

مثاله: وهب جراباً فيه طعام لا يجوز، ولو وهب طعاماً في جراب جازت، وعلى هذا نظائره اهـ.

منع تمامها، وإن شاغلاً لا فلو وهب جراباً فيه طعام الواهب أو داراً فيها متاعه أو دابة عليها سرجه وسلمها كذلك لا تصح، وبعكسه

قال الزيلعي: واعلم أن الدار التي فيها المتاع والجوالق الذي فيه الدقيق كالمتاع، لأن الموهوب مشغول بمتاع الواهب حتى لو نزع وسلم صح اهـ. وكلامه يعطي أن هبة المشغول فاسدة، والذي في العمادية أنها غير تامة.

قال السيد الحموي في حاشية الأشباه: فيحتمل أن في المسألة روايتين كما وقع الاختلاف في هبة المشاع المحتمل للقسمة، هل هي فاسدة أو غير تامة والأصح كما في البناية أنها غير تامة فكذلك هنا. كذا بخط شيخنا. ومنه يعلم ما وقعت الإشارة إليه في الدر المختار حيث قال: والأصل أن الموهوب إن مشغولاً الخ، فأشار إلى أحد القولين بما ذكره أولاً من عدم التمام، وإلى القول الثاني بما ذكره آخراً من عدم الصحة. فتدبر. أبو السعود.

واعلم أن الضابط في هذا المقام أن الموهوب إذا اتصل بملك الواهب اتصال خلقة وأمكن فصله لا تجوز هبته ما لم يوجد الانفصال والتسليم، كما إذا وهب الزرع أو الثمر بدون الأرض والشجر أو بالعكس وإن اتصل اتصال مجاورة: فإن كان الموهوب مشغولاً بحق الواهب لم يجز كما إذا وهب السرج على الدابة؛ لأن استعمال السرج إنما يكون للدابة، فكانت للواهب عليه يد مستعملة فتوجب نقصاناً في القبض، وإن لم يكن مشغولاً جاز، كما إذا وهب دابة مسرجة دون سرجها لأن الدابة تستعمل بدونه. ولو وهب الدابة وعليها حمل لم يجز لأنها مستعملة بالحمل، ولو وهب الحمل عليها دونها جاز لأن الحمل غير مستعمل بالدابة. ولو وهب داراً دون ما فيها من متاعه لم يجز وإن وهب ما فيها وسلمها دونها جاز. كذا في المحيط شرح المجمع. قوله: (منع تمامها) ولا يعد قبضها حينئذ قبضاً وفاعل منع ضمير يعود على الشغل. قوله: (وإن شاغلاً لا) وذلك أن المظروف يشغل الظرف وأما الظرف فلا يشغل المظروف. قال في جامع الفصولين: تجوز هبة الشاغل لا المشغول.

قال العلامة خير الدين في حاشيته عليه أقول: هذا ليس على إطلاقه فإن الزرع والشجر في الأرض شاغل لا مشغول ومع ذلك لا تجوز هبته، لاتصاله بها تأمل اهـ. وما في الضابط الذي ذكرناه كفاية. قوله: (فلو وهب جراباً) بكسر الجيم: ومن لطائف الكلام لا تفتح الجراب والخزانة ولا تكسر القنديل والقصعة. قوله: (وسلمها كذلك لا تصح) قال صاحب جامع الفصولين: فيه نظر إذ الدابة شاغلة للسرج واللجام لا مشغولة.

يقول الحقير: حل: أي الأصل عكس في هذا، والظاهر أن هذا هو الصواب،

تصح في الطعام والمتاع والسرج فقط لأن كلاً منها شاغل لملك الواهب لا مشغول به، لأن شغله بغير ملك واهبه لا يمنع تمامها

يؤيده ما في قاضيخان: وهب أمة لرجل عليها حلي وثياب وسلمها جاز وكذا الصدقة، ويكون الحلي وما فوق ما يستر عورتها من الثياب للواهب لمكان العرف، ولو وهب الحلي والثياب دونها لا تجوز حتى ينزعهما ويدفعهما إلى الموهوب له، لأنها ما دامت عليها يكون تبعاً لها ومشغولاً بالأصل، فلا تجوز هبته. نور العين.

وفي البحر عن المحيط: إن وهب داراً فيها متاع وسلمها كذلك ثم وهب المتاع منه أيضاً جازت في المتاع خاصة، وإن بدأ فوهب له المتاع، وقبض الدار والمتاع ثم وهب الدار جازت الهبة فيهما لأنه حين هبة الدار لم يكن للواهب فيها شيء، وحين هبة المتاع في الأولى زال المانع عن قبض الدار، لكن لم يوجد بعد ذلك فعل في الدار ليجعل قابضاً بها فلا ينقلب القبض الأول صحيحاً في حقها اهـ. قوله: (وتصح في الطعام الخ) كان عليه أن يقول يصح القبض، لأن العقد صحيح حتى في المتاع وإنما الكلام في القبض، حتى لو وهب الكل وسلم النصف لا يجوز، ولو وهب النصف ثم الآخر وسلم الكل يصح القبض. ولو وهب الشاغل وسلم بالظرف صح لأن اليد على المظروف يد على الظرف، فهي أقوى من قيام اليد على الظرف، لأنه تابع كهبة أمة بحلي دونه يصح القبض فيها معه لا عكسه. وتعليل الشارح عليل لأنه عين الصحة في الشاغل دون المشغول بأنه شاغل لا مشغول. ويأتي قريباً ما هو أوضح من هذا، فتأمل. قوله: (شاغل لملك الواهب لا مشغول به) أقول: الذي في البحر والمنح وغيرهما: تصوير المشغول بملك الغير بما إذا ظهر المتاع مستحقاً، أو كان غصبه الواهب أو الموهوب له قال في الزيادات: تجوز هبة المشغول بملك غير الواهب، فلو أعار بيتاً فوضع فيه المعير أو المستعير متاعاً غصبه، ثم وهب البيت من المستعير جاز، وكذا لو وهب بيتاً بما فيه، أو جوالق بما فيه من المتاع، وسلمه ثم استحق المتاع جاز في الدار والجوالق إذ يد الواهب كانت ثابتة على البيت والمتاع جميعاً حقيقة فصح التسليم، ثم بالاستحقاق ظهر أن المتاع لغيره ولم يظهر أن البيت مشغول بملك الواهب وهو المانع. وكذا الرهن والصدقة إذ القبض شرط تمامها كالهبة، وقدمت تمامه عن جامع الفصولين، وأقره نور العين كما علمت فلا تنسه. قوله: (لأن شغله بغير ملك واهبه) هذا تعليل لما فهم من كلام المصنف كأنه يقول: وإنما قيد عدم التمام بكونه مشغولاً بملك الواهب، لأن شغله الخ. وفي نسخة: لا شغله أي لا يمنع تمامها شغله الخ وعليها يصبح فائدة قوله لا يمنع تمامها تد.

أقول: ولعل في عبارة الشارح سقطاً، وهو قيد للشغل بملك الواهب الخ ثم رأيت المصنف ذكر هذه المسألة حيث قال: واشتغال الموهوب بملك غير الواهب هل يمنع تمام

كرهن وصدقة لأن القبض شرط تمامها. وتمامه في العمادية.

وفي الأشباه: هبة المشغول لا تجوز إلا إذا وهب الأب لطفله.

قلت: وكذا الدار المعارة

الهبة؟ ذكر صاحب المحيط في الباب الأول من هبة الزيادات: أنه لا يمنع إلى آخر ما قدمناه قريباً عن الهندية وهو ساقط من النقد. قوله: (كرهن وصدقة) فإنهما لا يتمان إلا بالقبض الكامل ويضر كونه مشغولاً بملك الراهن والمتصدق لا شاغلاً لهما، فالتشبيه راجع إلى كلام المصنف.

قال في المنح: ولكن جواب عرفته في هبة الدار والجوالق بما فيها من المتاع فهو الجواب في الرهن والصدقة لأن القبض شرط تمامها كالهبة انتهى: أي كما أن شغل الرهن والصدقة بملك غير الراهن وغير المتصدق لا يمنع تمامها، كما في المحيط وغيره. مدني. قوله: (وفي الأشباه هبة المشغول لا تجوز الخ) قال الحموي: وذلك كما لو كان لرجل دار وفيها أمتعة فوهبها من رجل لا يجوز لأن الموهوب مشغول بما ليس بموهوب، فلا يصح التسليم فرق بين هذه، وبين ما إذا وهبت المرأة دارها من زوجها وهي ساكنة فيها ولها أمتعة فيها والزوج ساكن معها حيث يصح، والفرق أنها وما في يدها في الدار في يده فكانت الدار مشغولة بعياله وهذا لا يمنع صحة قبضه كذا في الولوالجية انتهى. وقد أوضح الكلام في هذه المسألة سيدي الوالد رحمه الله تعالى في تنقيحه فراجعه إن شئت. قوله: (إلا إذا وهب الأب لطفله) كأن وهب داراً والأب ساكنها أو له فيها متاع لأنها مشغولة بمتاع القابض لكنه مخالف لما في الخانية فقد جزم أولاً بأنه لا يجوز، ثم قال: وعن أبي حنيفة في المجرد تجوز ويصير قابضاً لابنه. تأمل.

قال في الولوالجية: رجل تصدق على ابنه الصغير بدار والأب ساكنها، قال الإمام: لا يجوز، وقال أبو يوسف: يجوز، وعليه الفتوى انتهى. لأن الشرط قبض الواهب هبتها وكون الدار مشغولة بمتاع الواهب لا يمنع قبض الواهب.

وفي البزازية: وهب لابنه الصغير داراً وفيها متاع للواهب أو تصدق لابنه الصغير بدار وفيها متاع الأب والأب ساكن فيها يجوز وعليه الفتوى، أو أسكنها غيره بلا أجر والأم كالأب، لو ميتاً والابن في يدها، وليس له وصي وكذا من يعوله، والصدقة في هذا كله كالهبة كما في التبيين، ويفهم من قوله بلا أجر أن الغير لو كان يسكنها بالأجر لم تجز الصدقة، وبه صرح البزازي ووجهه في الذخيرة بأنه إذا كان يسكنها بأجر فيده على الموهوب ثابتة بصفة اللزوم، فيمنع قبض غيره تمام الهبة، بخلاف ما إذا كان بغير أجر اهـ. قوله: (قلت وكذا الدار المعارة) بأن أعار داره إنساناً ثم إن المستعير أو المعير غصب متاعاً ووضعه في الدار، ثم وهب المعير الدار من المستعير صحت الهبة في الدار، لأنه تبين

والتي وهبتها لزوجها على المذهب، لأن المرأة ومتاعها في يد الزوج فصح التسليم، وقد غيرت بيت الوهبانية فقلت: [الطويل]

وَمَنْ وَهَبَتْ لِلزَّوْجِ دَاراً لَهَا بِهَا ... مَتَاعٌ وَهُمْ فِيهَا تَصِحُّ المحرَّرُ

وفي الجوهرة: وحيلة هبة المشغول أن يودع الشاغل أولاً عند الموهوب له ثم يسلمه الدار مثلاً فتصح لشغلها بالمتاع (في يده) في متعلق بتتم (عوز) مفرع (مقسوم

أن الشاغل ملك غير الواهب ط وقدمنا قريباً نحوه عن الزيادات.

ونقل في الخانية بما لو[1] وهب طفله داراً يسكن فيها قوم بغير أجر جاز ويصير قابضاً لابنه لا لو كان بأجر وهو مستدرك بأن الشغل هنا بغير ملك الواهب، والمراد شغله بملكه، وكأن الشارح قصد به تكملة عبارة الأشباه، وعليه فما نقله في الخانية أولى، وانظر إذا وهبها لغير الصغير هل يصح؟ تقدم أن شغلها بملك غير الواهب لا يمنع تمامها، فتأمل. قوله: (والتي وهبتها لزوجها) تقدمت صورتها قريباً من أنها تصح الهبة وهو المذهب خلافاً لما عن أبي يوسف من أنه لا يجوز، لأن يد الواهب ثابتة على الدار كما في الذخيرة. قوله: (المحرر) أي هذا هو المحرر المعول عليه، وبيت الأصل: الطويل

وَمَنْ وَهَبَتْ لِلزَّوْجِ دَاراً لَهَا بِهَا ... مَتَاعٌ وَهُمْ فِيهَا فَقَوْلاَنِ يُزْبَرُ

قوله: (أن يودع الشاغل أولاً) قال في الجوهرة: لو وهب داراً فيها متاع الواهب وسلم الدار إليه أو سلمها مع المتاع لم يصح.

والحيلة فيه: أن يودع المتاع أولاً عند الموهوب له ويخلي بينه وبينه ثم يسلم الدار إليه فتصح الهبة، وبعكسه لو وهب المتاع دون الدار وخلى بينه وبينه صح، وإن وهب له الدار والمتاع جميعاً وخلى بينه وبينهما صح فيهما جميعاً. قوله: (ثم يسلمه الدار) فلو سلمها ثم وهبه المتاع صح فيه خاصة، ولو عكس صح فيهما: أي لأن اليد إذا كانت على المظروف تكون على الظرف، بخلاف العكس.

وأقول: هذا مشكل جداً، لأنه لما صح في المظروف لم لا يصح في الظرف تبعاً مع أن عقد الهبة الأول باق إلا أن يقال: هذا قول من جعل أن القبض في الهبة الفاسدة غير مفيد للملك، بل عليه الضمان فصارت يده يد ضمان، فلا ترتفع بيد الهبة التي هي عقد تبرع خصوصاً وأن القبض فيه تبعي، وأما على القول بأن هذا القبض غير موجب للضمان، فيجب أن يصح العقد، والقبض في المشغول لو وهبه الشاغل الذي في يده أمانة بعد ذلك. قوله: (متعلق بتتم) الأولى أن يؤخره بعد. قوله تحوزه لأن المتعلق المجرور. قوله: (عوز) أي مجموع المراد به أن يكون مفرغاً عن ملك الواهب وحقه، واحترز به عن

---

(١) قوله ط (قوله بما لو) هكذا بالأصل.

ومشاع، لا) يبقى، منتفعاً به بعد أن (يقسم)

هبة الثمر على النخل اهـ. درر. وكصوف على غنم وزرع في أرض فقوله «مفرغ» تفسير لمحوز، إلا أن فيه شائبة تكرار مع قوله لا مشغولاً به، والأولى أن يفسر المحوز بالمجموع، لأنه من حازه إذا جمعه لأجل أن يظهر لقوله متميزاً فائدة، فإنه أفاد به أنه لو حازه غير مقسوم بأن حاز الثمر مع النخل لا تتم به الهبة بل حتى يقسم. وفي القاموس: الحوز الجمع وضم الشيء كالحيازة والاحتياز اهـ المراد منه ط. قوله: (ومشاع) أي غير مقسوم في الصحاح سهم شائع أي غير مقسوم.

واعلم أن الشائع على قسمين: شائع يحتمل القسمة كنصف الدار ونصف البيت الكبير، وشائع لا يحتملها كنصف قن ورحى وحمام وثوب وبيت صغير، والفاصل بينهما حرف واحد وهو أن القاضي لو أجبر أحد الشريكين على القسمة بطلب الآخر فهو من القسم الأول، ولو لم يجبر فهو من الثاني إذ الجبر آية القبول.

وأمهات مسائل الشيوع سبع: بيع الشائع، إجارته وإعارته، ورهنه وهبته، وصدقته ووقفه، أما هبته فيما لا يحتمل القسمة جائزة من شريكه ومن غيره وفيما يحتملها لم تجز من شريكه ولا من أجنبي. وفي شرح الغزي وفي الزاهد العتابي أنها تجوز.

أقول: وفي الفتاوى التاجية أنها تجوز من شريكه. قال: وهو المختار اهـ. ولا يخفى عليك أنه خلاف المشهور اهـ كلام الغزي. أفاده خير الدين الرملي. وطرو الشيوع لا يفسد الهبة بالاتفاق. ولو وهب الكل من اثنين. فإن أجمل بأن قال وهبت منكما لم يجز عند ح، وعند سم: يجوز. ولو فصل بالتنصيف فهو على هذا الخلاف. ولو بالتثليث يجوز عند م لا عندهما وتقدمت.

هد: وهبا من واحد داراً جاز إذا سلماه جملة وقبض جملة فلا شيوع، ولو وهبه واحد من اثنين لم يصح عند ح وقالا يصح، لأن هذه هبة الجملة منهما لتوحد التمليك فلا شيوع كرهن من رجلين، وله أنها هبة النصف لكل منهما. وكذا لو فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح، ولأن الملك ثبت لكل في النصف، فكذا التمليك، لأنه حكمه فتحقق الشيوع، بخلاف الرهن، لأن حكمه الحبس وهو ثبت لكل منهما كملاً إذ لا تضايق فيه، ولذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن، ولو نص على التبعيض لم يجز عند حس. وفي التنصيف روايتان عند س.

ولو رهن عند رجلين، ونص على الأبعاض لم يجز وفاقاً. ولو وهب مشاعاً تفسد، فلو قسمه وسلمه جاز إذ تمامه بالقبض، وعنده لا شيوع فقط.

قال لهما: وهبت لكما هذه الدار لذا نصفها ولذا نصفها لم يجز، ولو وهب لهما درهماً فالصحيح أنه يجوز، وهبة المشاع الفاسدة لا تفيد الملك، ولو قبض الجملة فروى

عن ح: ولو وهب دقيقاً في برّ أو دهناً في سمسم، أو سمناً في لبن لم يجز، إذ الموهوب معدوم، ولذا لو استخرجه الغاصب يملكه، ولو طحن وسلم لم يجز، بخلاف المشاع. والفرق أن المشاع محل للتمليك، والخلل في القبض، ويزول بالقسمة. وبخلاف ما إذا وهب لبناً في ضرع أو صوفاً على ظهر غنم، أو نخلاً أو زرعاً في أرض أو تمراً في شجر أو أرضاً فيها نخل أو زرع دونهما أو داراً أو ظرفاً فيها متاع الواهب لزوال الخلل بالتفريغ، والفرق بين لبن في ضرع وبين هبة ولد في بطن. فإنها لم تجز بتسليمه بعد الولادة في الصحيح، إذ لا يمكن الوقوف على الولد إذ ليس في وسعه، فيكون كتعليقه بالخطر ويمكن الوقوف على اللبن بالحلب، لأنه في وسعه، لكان كتأخير هذه الجملة.

في هد: والتصدق بالشائع كهبته في كل ما مر، إلا أنه لو وهب من اثنين ما يقبل القسمة، لم يجز عند أبي حنيفة رواية واحدة من غير اختلاف على قوله. وفي الصدقة اختلف المشايخ على قوله: فقيل لا يجوز، وقيل فيه روايتان: لا يجوز على رواية الأصل، ويجوز على رواية الجامع الصغير، وهو الصحيح. كذا حش.

وفي هد: لو تصدق بعشرة دراهم على محتاجين يجوز، وكذا لو وهبها لهما. ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز، وقالا: يجوز لغنيين أيضاً فرق بين الهبة والصدقة في الحكم، وسوى في الأصل وقال: إذ الشيوع مانع فيهما لتوقفهما على القبض. والفرق أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى، وهو واحد فلا شيوع، ويراد بالهبة وجه الغني وهما اثنان. وقيل: هذا هو الصحيح، والمراد بما ذكر في الأصل: التصدق على غنيين فقط، والأظهر أن في المسألة روايتين.

بغ: قيل: جاز التصدق على غنيين؛ لأنهما على صدقة التطوع.

مق: لا تجوز وعند س: تجوز بشرط المساواة، وعند م: تجوز في الحالين. جامع الفصولين. وتمام تفاصيل المشاع، وما يتعلق به فيه في الفصل الحادي والثلاثين فراجعه إن شئت وقد مرّ بعض ما ذكرناه ويأتي بعضه.

قال في البحر: وأما إجارته فإن كان من شريكه فهو جائز، وإن من أجنبي لا يجوز مطلقاً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: وهي فاسدة على قوله فيجب أجر المثل على الأصح خلافاً لمن قال ببطلانها فلم يوجب شيئاً، وأما الشيوع الطارئ، ففي ظاهر الرواية لا يفسد الإجارة، وأما إعارته فجائزة إن كانت من شريكه، وإلا فإن سلم الكل فهي إعارة مستأنفة للكل، وإلا لا يجبر. وأما رهنه فهو فاسد فيما ينقسم أولاً من شريكه أو من أجنبي، بخلاف الرهن من اثنين فإنه جائز. وأما وقفه فهو جائز عند أبي يوسف خلافاً لمحمد فيما يحتملها، وإن كان مما لا يحتملها فجائز اتفاقاً، وأفتى الكثير بقول محمد،

واختار مشايخ بلخ قول أبي يوسف. وأما وديعته فجائزة وتكون مع الشريك. وأما قرضه فجائز كما إذا دفع إليه ألفاً وقال خمسمائة قرض وخمسمائة شركة. كذا في النهاية هنا. وأما غصبه فمتصوّر. قال البزازي: وعليه الفتوى. وذكر له في الفصول صوراً.

وأما صدقته: فكهبته، إلا إذا تصدق بالكل على اثنين فإنه يجوز عن الأصح. وإذا عرف هذا فهبة المشاع فيما لا ينقسم تفيد الملك للموهوب له على وجه لا يستحق المطالبة بالقسمة، لأنها لا تمكن. وأما المهايأة فلا تجب في ظاهر الرواية، لأنها إعارة فإن كل واحد منهما يصير معيراً نصيبه من صاحبه. والجبر على الإعارة غير مشروع. وفي رواية: يجب وهو الذي يفيده كلام الزيلعي، لأنها قسمة المنافع. والتبرع وقع في العين، فيكون إيجاباً في غير ما تبرع به فلا يبالي به. وإنما المحظور الإيجاب في عين ما تبرع به.

وقال قاضي زاده بعد نقل: إن المهايأة لا تجب مع علته عن صاحب غاية البيان، لعل هذا الجواب غير صحيح لأن التهايؤ يجب. ويجري فيه جبر القاضي إذا طلبه أحد الشركاء، لا سيما فيما لا ينقسم. نص عليه في عامة الكتب.

وأما دعوى الشائع إذا ادعى رجل ثلاثة أسهم من عشرة أسهم من دار، وقال هذه الثلاثة الأسهم من العشرة الأسهم من الدار المحدودة ملكي وحقي وفي يد هذا الرجل بغير حق، ولم يذكر أن جميع هذه الدار في يده وكذلك لم يشهد شهوده أن جميع هذه الدار في يده، فإن الدعوى صحيحة والشهادة مقبولة. وأما استحقاق الشائع إذا استحق نصف الدار شائعاً أو ثلثها أو ربعها فالمشتري بالخيار عندنا: إن شاء رد ما بقي ورجع بكل ثمنه، وإن شاء أمسك ما بقي ورجع بثمنه على بائعه. انتهى بزيادة. قوله: (لا يبقى منتفعاً به بعد أن يقسم) أي ليس من شأنه أن يقسم بمعنى أنه لا يبقى منتفعاً به بعد القسمة أصلاً كعبد واحد ودابة واحدة أو لا يبقى منتفعاً به بعد القسمة من جنس الانتفاع الذي كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام الصغير انتهى. درر: أي فإن البيت الصغير إذا قسم ربما ينتفع به مخزناً أو مربطاً للحمار، ولكنه لا ينتفع به للبيتوتة كالانتفاع السابق، فهو مما لا يقسم، فيصح هبة بعضه مشاعاً، وكذا الحمام الصغير إذا قسم يمكن أن تجعل بيتاً أو مربطاً للدواب، ولكن لا يمكن أن يبقى حماماً كما كان فهو مما لا يقسم، بخلاف الحمام الكبير الذي يمكن أن يقسم، ويجعل له موقد ثان أو أكثر، فإن هبة بعضه مشاعاً لا تصح. واحتياجه إلى موقد ثان لا يخرجه عن كونه قابلاً للقسمة، حيث أمكن أن يتخذ له موقداً كالقسم الذي يحتاج إلى طريق أو مسيل، ويمكن فيه ذلك فإنه قابل للقسمة، فكذا هنا. وفي أول كتاب القسمة من البزازية: لا يقسم حمام وحائط وبيت ودكان صغير؛ لأنه لو قسم لا يبقى لكل فائدة، والانتفاع فيما يخصه وإن بقي فائدة بقسم بينهما اهـ.

كبيت وحمام صغيرين، لأنها (لا) تتم بالقبض (فيما يقسم

قال في الخانية: لا يقسم الحمام والحائط والبيت الصغير والدكانة الصغيرة، وهذا إذا كان بحال لو قسم لا يبقى لكل واحد بعد القسمة موضع يعمل فيه، وإن كان فيقسم. خزانة الفتاوى ومثله في الخلاصة والبزازية انتهى.

أقول: وعليه فينبغي أن يقيد الحمام بالصغير خلافاً لما فهمه الحنفي من أن الحمام لا يقسم مطلقاً، وقيد سيدي الوالد رحمه الله تعالى الحمام الكبير بما إذا كان له خزانتان والرحى بما إذا كانت ذات حجرين، فتأمل. وإنما صحت الهبة لأن القبض لا يتصور فيه إلا بالقبض الناقص وهو قبض الكل فاكتفى به.

قال في البحر: هبة المشاع فيما لا يقسم تفيد الملك للموهوب له على وجه لا يستحق المطالبة بالقسمة، لأنها لا تمكن. وأما المهايأة فلا تجب في ظاهر الرواية، وفي رواية تجب انتهى. وقدمنا قريباً أن التهايؤ يجب، ويجري فيه جبر القاضي إذا طلبه أحد الشركاء لا سيما فيما لا يقسم نص عليه في عامة الكتب، فلا تنسه.

وفي البحر: ويشترط في صحة هبة المشاع الذي لا يحتملها أن يكون قدراً معلوماً، حتى لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلم به لم يجز، لأنه جهالة توجب المنازعة اهـ.

قال في الهندية: لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلم به لم يجز فإن علمه الموهوب له ينبغي أن يجوز عند الإمام دونهما، وفيها قبل ذلك جميع ما أملكه لفلان يكون هبة لا تجوز بدون القبض. وفي منية المفتي: قال: وهبت نصيبي من هذه الدار والموهوب له لا يعلم كم نصيبه صحت اهـ. ولعل المتفاحش جهالته لا تصح هبته كقوله: وهبت شيئاً من مالي أو من كذا. وفي التاترخانية مثل ما في القنية فتأمل. قوله: (كبيت وحمام صغيرين) الحد الفاصل بين ما يحتمل القسمة وبين ما لا يحتملها أن ما لا يبقى منتفعاً به بعد القسمة أصلاً كعبد واحد ودابة واحدة، أو لم ينتفع بها انتفاعاً قبل القسمة كالحمام والطاحونة والبيت الصغير فإنها لا تصح، وكل ما يوجب قسمته نقصاناً فهو مما لا يقسم وإلا فمما يقسم، واختار الأول أكثر الشراح والثاني صاحب الذخيرة، فإذا وهب درهماً صحيحاً لرجلين لا يصح لأن تنصيف الدرهم لا يوجب نقصاناً فهو مما يقسم، والصحيح أنه يصح، لأن الصحيح لا يكسر عادة فهو مما لا يقسم انتهى. وذكره الشارح آخر الباب، فتأمل. قوله: (لأنها لا تتم) لا موقع لهذا التعليل إلا بتقدير: وإنما قيدنا بمشاع لا يقسم، لأنها الخ ط. بل لو قال لأنه لا يتأتى القبض في مثل ذلك إلا بقبض الكل، ولا تتم بذلك فيما يقسم الخ لكان حسناً.

وفي النهاية: الهبة فيما يقسم جائزة، ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزاً قوله: (لا تتم بالقبض فيما يقسم) قال علماؤنا: هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تتم،

ولو) هبة (لشريكه) أو لأجنبي لعدم تصور القبض الكامل كما في عامة الكتب فكان هو المذهب.

وفي الصيرفية عن العتابي: وقيل يجوز لشريكه وهو المختار (فإن قسمه وسلمه صح) لزوال المانع (ولو سلمه شائعاً لا يملكه فلا ينفذ تصرفه فيه)

ولا تفيد الملك قبل القسمة، وبعض أصحابنا قال: إنها فاسدة، والأصح الأول كالهبة قبل القبض اهـ. شلبي عن الإتقاني.

وأشار الشارح أنه إنما شرط أن يكون الموهوب مقسوماً أو مشاعاً لا يقبل القسمة؛ لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض، والقبض إنما يكون في المقسوم، وكذا في المشاع الذي لا يقسم لأن قبض كل شيء بحسبه، والمشاع الذي لا يقبل القسمة لا يكون قبضه إلا مشاعاً فاكتفى به كذلك وتمت به الهبة، أما المشاع الذي يقبل القسمة فإنه يمكن تسليمه بعد قسمته ويكون قبضه كاملاً، فلا يكتفي بتسليمه مشاعاً ولا يعدّ قابضاً له مع الشيوع، ولا فرق أن يكون وهبه لشريكه أو لأجنبي خلافاً لما في الصيرفية من جوازه من الشريك، وذكر أنه المختار، ووجهه ظاهر لتصور قبض الشريك له مع شيوعه؛ لأن نصيب الشريك في يده فيمكنه قبض الشقص الثاني مشاعاً، ولكنه لما كانت عامة الكتب على إطلاق المنع، وهي موضوعة لنقل المذهب كما قال، فكان هو المذهب فوجب العمل به، سواء ظهر وجهه أو لا لأن المقلد عليه اتباع ما قاله إمامه سواء وقف على دليله أو لا، والله تعالى أعلم. قوله: (ولو هبة لشريكه) لو وصلية: أي ولو كانت الهبة لشريك الواهب. قوله: (أو لأجنبي) الأولى إسقاطه لأنه مفهوم من لو، ولا خلاف فيه إنما الخلاف في الشريك كما مر ويأتي. قوله: (لعدم تصور القبض الكامل) أي فيما يتصور فيه. قوله: (كما في عامة الكتب) وصرح به الزيلعي وصاحب البحر. منح. قوله: (فكان هو المذهب) راجع لمسألة الشريك كما في المنح. قوله: (وهو المختار) الظاهر من عباراتهم اعتماد الأول، حتى نسب الثاني شيخ الإسلام إلى ابن أبي ليلى بعد ما حكى الإطلاق عن أهل المذهب.

وفي مزيد زاده: وهب مشاعاً يقسم لشريكه لا يجوز خلافاً لابن أبي ليلى اهـ. قال الرملي: وجد بخط المؤلف: يعني صاحب المنح بإزاء هذا ما صورته: ولا يخفى عليك أنه خلاف المشهور. قوله: (فإن قسمه) أي الواهب بنفسه أو نائبه أو أمر الموهوب له بأن يقسم مع شريكه كل ذلك تتم به الهبة، كما هو ظاهر لمن عنده أدنى فقه. تأمل رملي. قوله: (صح لزوال المانع) وهو الإشاعة فإنها زالت بالقسمة والتسليم لأنه كان عاجزاً عن القبض الكامل الذي تتم به الهبة ومعناه أنها تملك بذلك، لا أن الصحة متوقفة على القسمة، ولو كان شرطاً للصحة لاحتيج إلى تجديد العقد. بحر بزيادة. قوله: (ولو سلمه شائعاً) بأن سلمه الكل. قوله: (لا يملكه) لعدم وجود القبض الكامل فيما يتصور فيه.

فيضمنه وينفذ تصرف الواهب. درر. لكن فيها عن الفصولين: الهبة الفاسدة تفيد

قوله: (فيضمنه) أي بعد إتلافه ويجب عليه رده قبله، ولا يمتنع الرد ببيعه لعدم نفاذه. قوله: (لكن فيها عن الفصولين الخ) قال في التاترخانية: بعد نقل هذا القول، وفي السراجية: وبه يفتى اهـ. ومع إفادتها للملك يحكم بنقضها للفساد كالبيع الفاسد ينقض له. تأمل رملي. قوله: (الهبة الفاسدة الخ) ظاهره أن هبة المشاع قبل القسمة فاسدة، مع أنها صحيحة غير تامة. ولهذا قال الشلبي: قوله لأنه لو صح هبة المشاع فيما يقسم ظاهره كما ترى يشعر بعدم الصحة، وقد قدمت قريباً أن الأصح أنها صحيحة غير تامة لا فاسدة كما قال به بعض مشايخنا، والله تعالى أعلم اهـ. ويدل عليه كلام صاحب البحر المتقدم، وعبارة الهندية الآتية تفيد أن الفتوى على الفساد ط.

قال في الفتاوى الخيرية: ولا تفيد الملك في ظاهر الرواية. قال الزيلعي: ولو سلمه شائعاً لا يملكه، حتى لا ينفذ تصرفه فيه فيكون مضموناً عليه، وينفذ فيه تصرف الواهب. ذكره الطحاوي وقاضيخان. وروي عن ابن رستم مثله، وذكر عصام أنها تفيد الملك وبه أخذ بعض المشايخ اهـ. ومع إفادتها للملك عند هذا البعض أجمع الكل على أن للواهب استردادها من الموهوب له، ولو كان ذا رحم محرم من الواهب.

قال في جامع الفصولين رامزاً لفتاوى الفضلي: ثم إذا هلكت أفتيت بالرجوع للواهب هبة فاسدة لذي رحم محرم منه، إذ الفاسدة مضمونة على ما مر، فإذا كانت مضمونة بالقيمة بعد الهلاك كانت مستحقة الرد قبل الهلاك اهـ. وكما يكون للواهب الرجوع فيها يكون لوارثه بعد موته، لكونها مستحقة الرد، وتضمن بعد الهلاك كالبيع الفاسد إذا مات أحد المتبايعين فلوارثه نقضه؛ لأنه مستحق الرد ومضمون بالهلاك، ثم من المقرر أن القضاء يتخصص، فإذا ولى السلطان قاضياً ليقضي بمذهب أبي حنيفة لا ينفذ قضاؤه بمذهب غيره، لأنه معزول عنه بتخصيصه فالتحق فيه بالرعية نص على ذلك علماؤنا رحمهم الله تعالى اهـ ما في الخيرية. وأفتى به في الحامدية أيضاً والتاجية، وبه جزم في الجوهرة والبحر، ونقل عن المبتغى بالغين المعجمة: أنه لو باعه الموهوب له لا يصح، وفي نور العين عن الوجيز: الهبة الفاسدة مضمونة بالقبض، ولا يثبت الملك فيها إلا عند أداء العوض، نص عليه محمد في المبسوط، وهو قول أبي يوسف، إذ الهبة تنقلب عقد معاوضة اهـ. وذكر قبله هبة المشاع فيما يقسم لا تفيد الملك عند أبي حنيفة، وفي القهستاني: لا تفيد الملك، وهو المختار كما في المضمرات، وهذا مروي عن أبي حنيفة وهو الصحيح اهـ.

فحيث علمت أن ظاهر الرواية وأنه نص عليه محمد ورووه عن أبي حنيفة ظهر أنه الذي عليه العمل، وإن صرح بأن المفتى به خلافه، ولا سيما أنه يكون ملكاً خبيثاً كما

الملك بالقبض، وبه يفتى. ومثله في البزازية، على خلاف ما صححه في العمادية، لكن لفظ الفتوى آكد من لفظ الصحيح كما بسطه المصنف مع بقية أحكام المشاع. وهل للقريب الرجوع في الهبة الفاسدة؟ قال في الدرر: نعم. وتعقبه في الشرنبلالية

بأنه ويكون مضموناً كما علمته فلا يجدي نفعاً للموهوب فافتنمه، وإنما أكثرت النقل في مثل هذه لكثرة وقوعها وعدم تنبه أكثر الناس للزوم الضمان على قول المخالف، ورجاء لدعوة نافعة في الغيب. قوله: (بالقبض) لكن ملكاً خبيثاً، وبه يفتى. قهستاني: أي وهو مضمون كما علمت آنفاً، تنبه. قوله: (وبه يفتى) قال في الهندية: هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تجوز، سواء كانت من شريك أو من غير شريك، ولو قبضها هل يفيد الملك ذكر حسام الدين رحمه الله تعالى في كتاب الواقعات: أن المختار أنه لا يفيد الملك، وذكر في موضع آخر أنه يفيد الملك ملكاً فاسداً، وبه يفتى. كذا في السراجية اهـ. قوله: (ومثله في البزازية) عبارتها: وهل يثبت الملك بالقبض؟ قال الناطفي عند الإمام: لا يفيد الملك. وفي بعض الفتاوى: يثبت فيها فاسداً، وبه يفتى. ونص في الأصل: أنه لو وهب نصف داره من آخر، وسلمها إليه فباعها الموهوب له لم يجز وأنه لا يملك، حيث أبطل البيع بعد القبض، ونص في الفتاوى أنه هو المختار اهـ.

ورأيت بخط بعض الأفاضل على هامش المنح بعد نقله ذلك، رأيت تراه عزا رواية إفادة الملك بالقبض والإفتاء بها إلى بعض الفتاوى، فلا تعارض رواية الأصل، ولذا اختارها قاضيخان. وقوله «لفظ الفتوى الخ» قد يقال يمنع عمومه لا سيما مثل هذه الصيغة في مثل سياق البزازي، فإذا تأملته تقضي برجحان ما دل عليه الأصل اهـ. قوله: (على خلاف ما صححه في العمادية) أي من العدة بلفظ هو المختار. قوله: (لكن لفظ الفتوى) استدراك على ما يستفاد من قوله ما صححه في العمادية من أن القولين، سواء وحيث كان لفظ الفتوى آكد، فيكون العمل على ما في الفصول والبزازية لأنه قال: وبه يفتى، وهو أكد من الصحيح الذي في العمادية، فحينئذ يمتنع الرجوع بعد بيعه لتعلق حق المشتري به كما تقدم نظيره في البيع الفاسد. قوله: (مع بقية أحكام المشاع) من بيعه فإنه جائز فيما يقسم، وما لا يقسم ومن إجارته، ومن إعارته وغير ذلك كما قدمناه قريباً. قوله: (قال في الدرر نعم) عبارتها: قال بعض المشايخ: كانت المسألة واقعة الفتوى وفرقت بين الهبة الصحيحة والفاسدة، وأثبت: أي في الفاسدة بالرجوع، وقال الإمام الأسروشني والإمام عماد الدين: هذا الجواب مستقيم، أما على قول من لا يرى الملك بالقبض في الهبة الفاسدة فظاهر، وما على قول من يرى الملك فلأن المقبوض في حكم الهبة الفاسدة مضمون على ما تقرر، فإذا كان مضموناً بالقيمة بعد الهلاك كان مستحق الرد قبل الهلاك، فيملك الرجوع والاسترداد انتهى. قوله: (وتعقبه في الشرنبلالية) حيث

بأنه غير ظاهر على القول المفتي به من إفادتها الملك بالقبض، فليحفظ (المانع) من (تمام القبض (شيوع مقارن) للعقد (لا طارئ) كأن يرجع في بعضها شائعاً فإنه لا

قال: قوله (وأما على قول من يرى الملك فلأن المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون الخ هذا غير ظاهر؛ لأن قوله فلأن المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون لا يكون متجهاً إلا على القول بعدم الملك، وإلا فكيف يكون مالكاً وضامناً؟ انتهى. ونظر فيه الشيخ شاهين بأن المقبوض في البيع الفاسد مملوك بالقبض مضمون بقيمته فلا يبعد كون الشخص مالكاً وضامناً، فكان الجواب مستقيماً، وكان القول بالضمان متجهاً، حتى على قول من قال بملك للموهوب فاسداً اهـ. ذكره أبو السعود، وفيه: أن هذا قياس مع الفارق، فإن المبيع فاسداً مقبوض في عقد معاوضة، فلا بد من العوض وقد ألغينا الثمن لعدم الصحة، وأوجبنا القيمة عوضاً وإلا لزم أخذ ما عقد للمعاوضة بلا عوض. أما المقبوض في الهبة الفاسدة فهو مقبوض بغير عوض أصلاً، وقد قال القائل بالملك فيها، والملك في الموهوب بلا عوض. أما لو نظرنا إلى كونه ملكاً خبيثاً، كما قال المؤلف في شرح الملتقى وقبل يملكه بالقبض لكنه ملك خبيث، وبه يفتى. قهستاني عن المضمرات، يكون موجبه التصدق بقيمته مالكاً كما قيل به في نظائره، فليتأمل.

ويتفرع على القول بثبوت الملك بالقبض في الهبة الفاسدة ما في البحر عن الإسعاف من أنه إذا وقف الأرض التي وهبت له هبة فاسدة صح وعليه قيمتها انتهى. وهذا يؤيد ما ذكره الشيخ شاهين تبعاً للإمامين الأسروشني والعمادي. وفي أبي السعود عن القهستاني: وكما لا يمنع الرجوع في الهبة الفاسدة القرابة فكذا غيرها من الموانع انتهى. ويؤيد ذلك أيضاً ما قدمناه عن الخيرية ونور العين فلا تنسه. قوله: (من تمام القبض) أي كون القبض تاماً. قوله: (لا طارئ) بالهمز؛ لأنه حدث بعد وجود القبض وتمام الهبة فلا يؤثر شيئاً.

أقول: ومنه لو وهب داراً في مرضه وليس له سواها ثم مات ولم تجز الورثة الهبة بقيت الهبة في ثلثها، وتبطل في الثلثين كما صرح به في الخانية. قوله: (كأن يرجع في بعضها شائعاً) فإنه لا يفسدها اتفاقاً، ونظيره ما قالوا: إن الردة لا تبطل التيمم؛ لأن الإسلام شرط لوجود النية التي هي شرط لصحة التيمم، فإذا صح التيمم بوجود شرطه، وهو النية من المسلم، ثم طرأ عليه الكفر بعد ذلك والعياذ بالله تعالى لم يبطل تيممه؛ لأنه قد تم بوجود شرطه. وكذلك هنا الشائع لا تصح هبته لفقد شرطه، وهو القبض الكامل، فإذا وهب غير الشائع وتمت الهبة بقبضه الكامل، ثم طرأ عليه الشيوع بعد استيفاء شرطه، ولم يبق إلا مجرد الملك للموهوب في الهبة والشيوع لا ينافي الملك كما أن الكفر لا ينافي رفع الحدث، فكما أن التيمم لا يبطل بالردة كذلك الهبة لا تبطل بطرو

يفسدها اتفاقاً (والاستحقاق) شيوع (مقارن) لا طارئ، فيفسد الكل، حتى لو وهب أرضاً وزرعها وسلمهما فاستحق الزرع بطلت في الأرض لاستحقاق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة والاستحقاق إذا ظهر بالبينة كان مستنداً إلى ما قبل الهبة فيكون مقارناً لها لا طارئاً كما زعمه صدر الشريعة وإن تبعه ابن الكمال، فتنبه.

(ولا تصح هبة لبن في ضرع وصوف على غنم ونخل في أرض وتمر في نخل) لأنه كمشاع

الشيوع بعد تمامها. قوله: (حتى لو وهب الخ) وهذا بخلاف ما إذا وهب داراً بمتاعها وسلمها فاستحق المتاع صحت في الدار، إذ بالاستحقاق ظهر أن يده في المتاع كانت يد غصب، وقد تقدم أن الهبة المشغولة بملك الغير تصح، بخلاف المشغولة بملك الواهب وإنما بطلت الهبة في مسألتنا وخالفت مسألة الدار والمتاع لأن الزرع مع الأرض بحكم الاتصال كشيء واحد، فإذا استحق أحدهما صار كأنه استحق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة، فتبطل الهبة في الباقي. كذا في الكافي. درر. ويدل لهذا التعليل قول المؤلف الآتي «كمشاع» قال في الخانية: والزرع لا يشبه المتاع. قوله: **(لاستحقاق البعض الشائع)** أي حكماً كما علمت. قوله: **(إذا ظهر بالبينة الخ)** انظر ما لو ثبت الاستحقاق بإقرار الواهب، والظاهر أنه لغو؛ لأنه أقر بملك الغير وما لو أقر به الموهوب له، والظاهر أنه يعامل بإقراره، فيثبت الزرع لمستحقه وهل تبطل الهبة يحرر ط. قوله: **(فيكون مقارناً لها لا طارئاً)** هذا الذي في الظهيرية والذي في دعوى النهاية والكرماني جعله من الطارىء. قال القهستاني: فلعل في المسألة روايتين، وبه تعلم أن صدر الشريعة وابن الكمال لهما سلف فيما ذهبا إليه.

والحاصل: أن صدر الشريعة جعل المفسد هو الشيوع المقارن، لأن الشيوع الطارىء كما إذا وهب، ثم رجع بالبعض الشائع واستحق البعض الشائع.

ورد عليه صاحب الدرر والمصنف حيث قال في الدرر: أقول: عدة صور الاستحقاق من أمثلة الشيوع الطارىء غير صحيح، والصحيح ما ذكر في الفصولين والكافي، وعبارة الفصولين أن الشيوع الطارىء لا يفسد الهبة بالاتفاق، وهو أن يرجع ببعض الهبة شائعاً، أما الاستحقاق فيفسد الكل لأنه مقارن لا طارىء. كذا ذكره شيخ الإسلام أبو بكر في المحيط اهـ. قوله: (كمشاع) قال في شرح الدرر: هذه نظائر المشاع لا أمثلته فلا شيوع في شيء منها لكنها في حكم المشاع حتى إذا فصلت وسلمت صح.

قال الخير الرملي: أقول: لا يذهب عنك أنه لا يلزم أن يأخذ حكمه في كل شيء، وإلا لزم أن لا تجوز هبة النخل من صاحب الأرض وكذا عكسه، والظاهر خلافه،

(ولو فصله) وسلمه (جاز) لزوال المانع وهل يكفي فصل الموهوب له بإذن الواهب؟

والفرق بينهما أنه ما من جزء من المشاع وإن دق إلا وللشريك فيه ملك فلا تصح هبته، ولو من الشريك لأن القبض الكامل لا يتصور، وأما نحو النخل في الأرض والتمر في النخل والزرع في الأرض لو كان كل واحد منها لشخص فوهب صاحب النخل نخله كله لصاحب الأرض أو عكسه، فإن الهبة تصح لأن ملك كل منهما متميز عن الآخر فيصح قبضه بتمامه، ولم أر من صرح به، لكن يؤخذ الحكم من كلامهم، وقد صرحوا بأن المانع إنما يعتبر وقت القبض، لا وقت العقد. هذا، وقد تقدم عن الصيرفية: لو وهب نصيبه من الدار لشريكه أو من شيء يحتمل القسمة فإنه يجوز إجماعاً.

وفي فتاوى الزاهد العتابي: لو وهب النصف من شريكه من دار لم يجز، وقيل: يجوز هو المختار وراجعت الصيرفية فرأيته قال: وفي فتاوى زين: لو وهب النصف من شريكه الخ، فإذا كان هنا في المشاع فما بالك في الحصن الممكن فصله، ولا أدري ما يمنع من ذلك، ولكن النقل إذا وجد لا يسعنا معه إلا التسليم اهـ.

أقول: ومثال مشاع يقبل القسمة كنصف دار كبيرة وربع صبرة معينة ونحوهما مما سبق من الأمثلة، وإنما أورد النظائر لاغتنام الإفادة، وللتنبيه على أن الحكم فيها بالطريق الأولى كما هو حال التشبيه ظاهراً، غايته التساوي، فيكون من قبيل تشبيه أحد المتساويين في الحكم بالآخر، والأول هو الظاهر.

قال في العمادية: إن هبة اللبن في الضرع في رواية لا تجوز، وفي رواية: تجوز إذا سلطه على الحلب انتهى.

وفي التاترخانية: وهبة اللبن في الضرع لا تجوز في إحدى الروايتين من كتاب الهبة، وإن سلط على الحلب هو الصحيح اهـ. لعل صحة عدم الجواز لأن الحلب يقبل التفاوت فيؤدي إلى النزاع على أن القبض لم يوجد في اللبن في الضرع عند الهبة، وهو متصل بملك الواهب.

هذا. وقال في الكافي: ولو وهب زرعاً في أرض أو ثمراً في شجر أو حلية في سيف أو بناء في دار أو قفيزاً من صبرة وأمره بالحصاد والجذاذ والنزع والنقض والكيل وفعل صح استحساناً، ويجعل كأنه وهبه بعد الحصاد والجذاذ ونحوهما اهـ. لعل وجه الاستحسان: أن الحصاد ونحوه لا يقبل التفاوت فلا يؤدي إلى النزاع هذا فيكون كطعام في جرابه، إلا أنه لما كان اتصال كل منها بملك الواهب خلقة عد من قبيل المشاع، فتأمل. قوله: (ولو فصله وسلمه جاز) إنما جاز في اللبن وإن كان في وجوده شك، لأنه قد يكون ريحاً أو دماً لترجح جانب الوجود بالتصرف فيه، فإنه بانفصاله تيقن وجوده، بخلاف هبة الحمل فإنه لا يصح، ولو سلمه بعد الولادة لعدم إمكان التصرف وقته

ظاهر الدرر نعم (بخلاف دقيق في برّ ودهن في سمسم وسمن في لبن)، حيث لا يصح أصلاً لأنه معدوم فلا يملك إلا بعقد جديد (وملك) بالقبول

الهبة. قوله: (ظاهر الدرر نعم) فإنه قال: وكذا يجوز هبة البناء دون العرصة إذا أذن له: أي للموهوب له الواهب في نقضه وهبة أرض فيها زرع دونه: أي دون الزرع ونخل فيها تمر دونه: أي دون التمر إذا أمره: أي الواهب الموهوب له بالحصاد في الزرع والجذاذ في التمر لزوال اشتغال الموهوب بملك الواهب انتهى بتصرف. وأفاد عزمي زاده أنه صحيح في الأول دون الأخيرين، فإنه لا يصح فيهما مطلقاً لأنه متصل به اتصال خلقة، فكان بمنزلة المشاع الذي يحتمل القسمة، فلا تتم بدون الإفراز والحيازة. نعم الحكم صحيح في عكسهما وهو هبة زرع بدون أرضه وهبة تمر بدون شجره، فإنه يصح استحساناً إن أمره بالحصاد والجذاذ وفعله انتهى. وعلى كل فما ذكره الشارح صحيح، وبحث عزمي زاده في التمثيل ط.

أقول: ويحتمل أن الشارح فهم من قول الدرر حتى إذا فصلت هذه الأشياء عن ملك الواهب وسلمت صح هبتها كما في المشاع ما إذا فصلها الواهب أو الموهوب له بإذنه.

وقال الخير الرملي في حاشيته على المنح: قوله «ولو فصله وسلمه» أي الواهب، فلو فصله الموهوب له بغير إذن الواهب لا يملكه إلا بعقد جديد اهـ. فقوله بغير إذن الواهب: إنه لو كان بإذنه كان كفصله بنفسه، ويحتمل أنه أخذه الشارح من العبارة التي ذكرناها أولاً عن الطحطاوي، وكأن الشارح رأى أنه لا فرق بينهما وإن كانت العلة التي ذكرها في الدرر لا تجري هنا، لأنه علل بأن المانع الاشتغال بملك الواهب، فإذا أذن بالجذاذ والحصاد وفعل الموهوب له ذلك زال المانع فجازت الهبة، وهنا يقال: المانع هو شبه الشيوع، فإذا زال بإذن المالك زال المانع، والله أعلم.

قال في الخانية: ولو وهب زرعاً بدون الأرض أو تمراً بدون النخل وأمره بالحصاد والجذاذ ففعل الموهوب له ذلك جاز، لأن قبضه بالإذن يصح في المجلس وبعده اهـ. ومثله في الحامدية عن جامع الفتاوى، وهو نظير ما فهمه الشارح أولاً. قوله: (حيث لا يصح أصلاً) أي سواء أفرزها وسلمها أو لا. درر. قوله: (لأنه معدوم) قال في الدرر: لأنه في حكم المعدوم وسره أن الحنطة استحالت وصارت دقيقاً وكذا غيرها، وبعد الاستحالة هو عين أخرى على ما عرف في الغصب اهـ. وأما الوصية فتجوز بهذه الأشياء لأنها تجوز بالمعدوم كما ذكره العيني. قوله: (فلا يملك إلا بعقد جديد) لأنه بعد الاستحالة عين أخرى بخلاف المشاع، لأنه محل للملك إلا أنه لا يمكن تسليمه، فإذا زال المانع جاز. درر ومنح. قوله: (وملك بالقبول) إنما اشترط القبول نصاً لأنه إذا لم يوجد كذلك يقع

(بلا قبض جديد) لو الموهوب في يد الموهوب له ولو بغصب أو أمانة، لأنه حينئذ عامل لنفسه، والأصل أن القبضين إذا تجانسا ناب أحدهما عن الآخر، وإذا تغايرا ناب الأعلى عن الأدنى

الملك في الهبة بغير رضاه لأنه لا حاجة إلى القبض، ولا يجوز أن يقع الملك للموهوب له بغير رضاه لما فيه من توهم الضرر؛ بخلاف ما إذا وهب عبداً له لم يكن في يده، وأمره بقبضه فإنه يصح إذا قبض. ولا يشترط القبول؛ لأن العبد ليس في يده حال الهبة، فكان الموهوب له محتاجاً إلى إحداث قبض حتى يملك الهبة، فإذا أقدم على القبض كان ذلك إقداماً على القبول ورضا منه بوقوع الملك له فيملكه. قوله: (بلا قبض) أي بأن يرجع إلى الموضع الذي فيه العين، وينقضي وقت يتمكن فيه من قبضها. قهستاني. قوله: (لو الموهوب في يد الموهوب له) لأن القبض ثابت فيها، وهو الشرط سواء كانت في يده أمانة أو مضمونة. لأن قبض الأمانة ينوب عن مثله لا عن المضمون، والمضمون ينوب عنهما والأصل أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر، وإن اختلف ناب الأقوى عن الأضعف، دون العكس، هذا إذا كان الموهوب مضموناً في يده كالمغصوب والمرهون والمقبوض على سوم الشراء لا إشكال فيه، لأن القبض فيه حقيقة وحكماً، فيبرأ عن الضمان بمجرد قبول الهبة. وكذا إذا كان في يده عارية أو إجارة لأنه قبضها لنفسه ويده ثابتة فيه. وأما إذا كانت في يده بطريق الوديعة فمشكل، لأن يده يد المالك. لكن لما لم يكن عاملاً للمالك بعد الهبة اعتبرت يده الحقيقية. زيلعي.

واعلم أن في قول الزيلعي: فيبرأ عن الضمان إشارة إلى أن العين المرهونة تكون مضمونة في يد الموهوب له بمثلها أو قيمتها احترازاً عما إذا كانت العين مضمونة بغيرها كالمبيع المضمون بالثمن وكالرهن المضمون بالدين، فلا بد من قبض مستأنف بعد عقد الهبة، ومضي وقت يتمكن من قبضها لأن العين وإن كانت في يده مضمونة، إلا أن هذا الضمان لا تصح البراءة منه مع وجود القبض الموجب له فلم تكن الهبة براءة، وإذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة، فلم يكن بد من تجديد قبض آخر. غاية عن شرح الأقطع. قوله: (لأنه حينئذ) أي حين إذ قبل عامل لنفسه: أي بسبب وضع يده على ملكه. قوله: (والأصل أن القبضين إذا تجانسا) كأن كان عنده وديعة فأعاره له، فإن كان القبضين قبض أمانة، فيصح من غير قبض مستأنف أو غصب شيئاً فباعه المالك منه. قوله: (وإذا تغايرا) كأن غصب منه وأخذه ثم وهبه منه. قوله: (ناب الأعلى عن الأدنى) أي ولا يحتاج إلى قبض فناب المغصوب عن قبض الهبة، لأن في الأعلى مثل ما في الأدنى وزيادة، وليس في الأدنى ما في الأقوى، وكذا لو كان مقبوضاً في يده بطريق البيع الفاسد لأنه قبض ضمان. أما المبيع فاسداً فإنه يملك بقبض الضمان كما لو كان في يده

لا عكسه، وهبة من له ولاية على الطفل (في الجملة) وهو كل من يعوله

مغصوباً قبل الشراء الفاسد، ولا يقبض بقبض الأمانة لأن قبض الأمانة دون قبض الضمان فلا ينوب عنه. قوله: (لا عكسه) وهو أن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان كما في البيع والرهن فقبض الوديعة مع قبض الهبة يتجانسان، لأنهما قبض أمانة ومع قبض الشراء يتغايران، لأنه قبض ضمان فلا ينوب الأول عنه كما في المحيط، ومثله في شرح الطحاوي لكن ليس على إطلاقه، فإنه إذا كان مضموناً بغيره كالبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون بالدين لا ينوب قبضه عن القبض الواجب كما في المستصفى، ومثله في الزاهدي، فلو باع من المودع احتاج إلى قبض جديد وتمامه في العمادي. قهستاني.

قال الأقطع في شرحه: والأصل في ذلك أن العين الموهوبة إذا كانت في يد الموهوب أمانة كالوديعة والعارية ملكها بعقد الهبة من غير تجديد قبض استحساناً لا قياساً.

وجه الاستحسان أن الهبة تقف صحتها على مجرد القبض، فلا يلتفت إلى قبض بصفة ومجرد القبض موجود عقب العقد فصحت الهبة، ولا يشبه هذا بيع الوديعة ممن هي في يده، لأن البيع يقتضي قبضاً مضموناً وقبض المودع عقب العقد قبض أمانة، فلا بد من تجديد القبض، وذلك لا يكون إلا بالتخلية بينه وبين الوديعة. وأما إذا كانت العين في يد الموهوب له مضمونة فهو على وجهين: إن كانت مضمونة بمثلها أو بقيمتها كالعين المغصوبة والمقبوضة على وجه السوم، فإنه يملكه بالعقد، ولا يحتاج إلى تجديد قبض، وذلك لأن القبض الذي تقتضيه الهبة قد وجد وزيادة، وهو الضمان وذلك الضمان تصح البراءة منه، ألا ترى أنه لو أبرأ الغاصب من ضمان الغصب جاز وسقط. فصارت الهبة براءة من الضمان فيبقى قبض من غير ضمان فتصح الهبة؛ وإن كانت العين مضمونة بغيرها كالبيع المضمون بالثمن وكالرهن المضمون بالدين، فلا بد من قبض مستأنف بعد الهبة وهو أن يرجع إلى الموضع الذي فيه العين، ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها، وذلك لأن العين وإن كانت في يده مضمونة إلا أن هذا الضمان لا تصح البراءة منه مع وجود القبض الموجب له، فلم تكن الهبة براءة؛ وإذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة فلم يكن بد من تجديد قبض اهـ. قوله: (وهبة الخ) هو من إضافة المصدر إلى فاعله: أي أن يهب من له الولاية عن الطفل للطفل يتم بالعقد، ولا يفتقر إلى القبض لأنه هو الذي يقبض له فكان قبضه كقبضه، وصار كمن وهب لآخر شيئاً وكان الموهوب في يد الموهوب له، فإنه لا يحتاج إلى قبض جديد كما مر قبيل هذه المسألة. قوله: (في الجملة) أي وإن لم يكن له تصرف في ماله، وقوله (على الطفل) أخرج به الولد الكبير، فإن الهبة لا تتم إلا بقبضه، ولو كان في عياله ولا يملك المولى قبض ما وهب لعبده

فدخل الأخ والعم عند عدم الأب لو في عيالهم (تتم بالعقد) لو الموهوب معلوماً وكان في يده أو يد مودعه لأن قبض الولي ينوب عنه.

المحجور، وهذا قبض الهبة بعد تملكه الولي؛ لأنه كسب عبده ط. قوله: (فدخل الأخ) الأولى نحو الأخ لما سيأتي من أن الأم والملتقط ممن يعولانه في حجرهما. قوله: (عند عدم الأب) لأن تصرفهم كان للضرورة، ولا ضرورة مع حضوره، والمراد بعدم الأب ما يعم الغيبة المنقطعة أفاده في البحر. وأفاد كلامه أن قبض غير الأب مشروط بشرطين: عدم الأب، وكون الصغير في عياله. واقتضى أن القول الصحيح الآتي في أنه لا يشترط عدم الأب في الهبة الصادرة من الأجنبي بأن قبضه والده مع الأب من له ولاية التصرف في ماله ط. قوله: (تتم بالعقد) أي: الإيجاب فقط كما يشير إليه الشارح، فلو أرسل العبد في حاجة أو كان آبقاً في دار الإسلام فوهبه من ابنه صحت، ولو لم يرجع العبد حتى مات الأب لا يصير ميراثاً عن الأب. تاترخانية. لكن يعكر على صحة الهبة في الآبق ما قدمناه من أنها لو سقطت ثوبه فوهبها لرجل وسلطه على قبضه فطلبه ووجده فالهبة باطلة؛ لأن في قيامها وقت الهبة خطراً.

ويجاب أن الآبق في وقوعه غطاء الفهم إلا أن يحمل على ما إذا علم بوجوده وقت الهبة. أو لأن يد المولى باقية عليه حكماً لقيام يد أهل الدار عليه، تنسحب ظهور يده تلكيه إن دخل فيها؛ ولم يعرف بعد دخوله فيها. ثم ظهر ذكره الشارح في باب استيلاء الكفار، فتأمل. وإذا وهب أحد لطفل ينبغي أن يشهد، وهذا إذا أعلمه يشهد عليه والإشهاد للتحرز عن الجحود بعد موته والإعلام لازم لأنه بمنزلة القبض. بزازية ويأتي قريباً. قوله: (لو الموهوب معلوماً) إذ لا يصح تمليك المجهول نحو وهبت شيئاً من مالي ويأتي في قوله وصح هدايا الختان بين يد الصبي الخ، وهل يشترط فيه أن يكون غير مقسوم كما هو الشرط في الهبة؟ أو يقال: إنما شرط ذلك لأجل تمام القبض وهذا مقبوض قبل القبض فلا يفتقر إلى ذلك الشرط؟ نعم لأن من أودع إنساناً داره الكبيرة وسلمه إياها ثم وهبه نصفه فإنه لا تصح الهبة مع أنها مقبوضة بيده، وإن كان قبضاً غير تام.

قال محمد رحمه الله تعالى: كل شيء وهبه لابنه الصغير وأشهد عليه وذلك الشيء معلوم في نفسه فهو جائز، والقصد أن يعلم ما وهبه له، والإشهاد ليس بشرط لازم؛ فإن الهبة تتم بالإعلام. تاترخانية. قوله: (وكان في يده أو يد مودعه) وكذا في يد مستعيره لا مستأجره وغاصبه أو مرتهنه أو المشتري منه بشراء فاسد. بزازية. قال الطحطاوي: واحترز بما ذكر: أي كونه في يده أو يد مودعه عما إذا كانت في يد الغاصب من الولي أو المرتهن أو المستأجر حيث لا تجوز الهبة لعدم قبضه، لأن قبضهم لأنفسهم اهـ. واستظهر

والأصل أن كل عقد يتولاه الواحد يكتفى فيه بالإيجاب **(وإن وهب له أجنبي تتم بقبض وليه)** وهو أحد أربعة: الأب ثم وصيه، وإن لم يكن في حجرهم وعند عدمهم تتم بقبض من يعوله كعمه **(وأمه وأجنبي)** ولو ملتقطاً **(لو في حجرهما)** وإلا لا لفوات الولاية **(وبقبضه لو مميزاً)** يعقل التحصيل **(ولو مع وجود أبيه)** مجتبى، لأنه في النافع المحض كالبالغ حتى لو وهب له أعمى لا نفع له، وتلحقه مؤنته لم يصح قبوله. أشباه.

قلت: لكن في البرجندي: اختلف فيما لو قبض من يعوله والأب حاضر،

السائحاني لأنه إذا انقضت الإجارة أو ارتد الغصب تتم الهبة كما تتم في نظائره. قوله: **(والأصل أن كل عقد الخ)** منه بيع الأب ماله لابنه الصغير اهـ. ذخيرة وتاترخانية، والأولى أن يقول: ويكفي الإيجاب وحده والأصل الخ. قوله: **(وهو أحد أربعة)** قال الشارح في كتاب المأذون، عند قول المصنف «وإن أذن للصبي الذي يعقل البيع والشراء وليه الخ» المراد بالولي: ولي له التصرف في المال وهو أبوه ثم وصي الأب ثم جده أبو أبيه ثم وصي جده ثم الوالي ثم القاضي ووصي القاضي اهـ. سري الدين. وتقدم أن الذي يتصرف في ماله تسعة الأب والجد والقاضي ووصيهم ووصي وصيهم، ومقتضاه أن قبض هؤلاء جميعاً ينوب عن قبضه، ثم رأيت صاحب الهندية نقله عن غاية البيان ط. وهو قبيل الوكالة في الخصومة. قوله: **(وعند عدمهم)** ولو بالغيبة المنقطعة. قوله: **(تتم بقبض من يعوله)** لأن له ولاية التصرف النافع لثبوت يدهم عليه، حتى لا يكون لغيرهم نزعه من أيديهم، فكانوا أحق بحفظه وتحصيل المال من ضرورات حفظه لصرفه في قوته وملبوسه ح. قوله: **(ولو ملتقطاً)** لأن له ولاية التصرف النافع أيضاً. قوله: **(لو في حجرهما)** بالفتح والكسر والجمع حجور. صحاح. وحجر الإنسان: حضنه، وهو ما دون إبطه إلى الكشح، ومعنى كونه في حجره: أنه في كنفه ومنعته اهـ. أبو السعود الحموي. وفي الكشف: الحجر الكنف والتربية ط. قوله: **(وإلا لا)** أي إن لم يكن في الحجر لا تتم بقبضه، وإن كان ذا رحم محرم منه. قوله: **(يعقل التحصيل)** أي تحصيل المال وهو بيان لتمييزه. قوله: **(لأنه في النافع المحض)** أي لأنه جعل في التصرف النافع الذي لا يحتمل ضرراً كالبالغ فيتحقق نظر له وجاز تصرف الولي له في هذه الحالة نظراً له أيضاً حتى ينفتح له سبب تحصيل النفع بطريقين. قوله: **(حتى لو وهب له أعمى)** تفريع على التقييد بقوله النافع.

أقول: وكذا لو وهب له ترابا في داره لا يصح، وأما إن كان يشتري ذلك منه بشيء فإنه يصح قبوله ولا يرد. وإن كان لا يشتري ويلزمه مؤنة النقل ونفقة العبد، فإنه يرد كما في جامع الصغار للأسروشني. قوله: **(لكن في البرجندي)** استدراك على قوله

فقيل: لا يجوز، والصحيح هو الجواز اهـ. وظاهر القهستاني ترجيحه، وعزاه لفخر

لوعند عدمهما ح. قوله: (وظاهر القهستاني الخ) حيث قال: كما جاز قبض هبة الأجنبي للطفل ممن يربيه من الجد أو الأخ أو العم أو الأم أو وصيه، أو أجنبي وهو في عياله وإن لم يكن عاقلاً وكان أبوه حاضراً في هذه الصور على ما قالوا منهم فخر الإسلام. وقال بعضهم: لم يجز قبض غير الزوج حال حضرة الأب، والأول المختار كما في المضمرات اهـ. ونقل صاحب الهندية عن الخانية أنه الصحيح، وأنه به يفتى عن الفتاوى الصغرى اهـ. والوصي كالأب والأم كذلك لو الصبي في عيالها إن وهبت له أو وهب له تملك الأم القبض، وهذا إذا لم يكن للصبي أب ولا جد ولا وصيهما. وذكر الصدر أن عدم الأب للقبض الأم ليس بشرط، وذكر في الرجل إذا زوج بنته الصغيرة من رجل فزوجها يملك قبض الهبة لها، ولا يجوز قبض الزوج قبل الزفاف، وبعد البلوغ.

وفي التجريد: قبض الزوج يجوز إذا لم يكن الأب حياً فلو أن الأب ووصيه والجد ووصيه غاب غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتولاه، ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأربعة مع وجود واحد منهم سواء كان الصغير في عياله أو لا، وسواء كان ذا رحم محرم أو أجنبياً وإن لم يكن واحد من هؤلاء الأربعة جاز قبض من كان الصبي في حجره، ولم يجز قبض من لم يكن في عياله. بزازية.

قال في البحر: والمراد بالوجود الحضور اهـ. وفي غاية البيان: ولا تملك الأم، وكل من يعول الصغير مع حضور الأب. وقال بعض مشايخنا: يجوز إذا كان في عيالهم كالزوج، وعنه احترز في المتن بقوله في الصحيح اهـ. ويملك الزوج القبض لها مع حضور الأب، بخلاف الأم، وكل من يعولها غير الزوج، فإنهم لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح، لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب، ومع حضور الأب لا ضرورة. جوهرة. وإذا غاب أحدهم غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتلوه في الولاية، لأن التأخير إلى قدوم الغائب تفويت المنفعة للصغير. فتنتقل الولاية إلى من يتلوه كما في الإنكاح، ولا يجوز قبض غير هؤلاء مع وجود أحدهم، ولو في عيال القابض أو رحماً منه كالأخ والعم والأم. بدائع ملخصاً. ولو قبض له من هو في عياله مع حضور الأب قيل لا يجوز وقيل يجوز، وبه يفتى. مشتمل الأحكام. والصحيح هو الجواز كما لو قبض الزوج والأب حاضر خانية والفتوى على أنه يجوز. أسروشني.

فقد علمت أن الهداية والجوهرة على تصحيح عدم جواز قبض من يعوله مع عدم غيبة الأب، وبه جزم صاحب البدائع وقاضيخان، وغيره من أصحاب الفتاوى صححوا خلافه، وهو تصحيح جواز قبض من يعول الصغير ولو مع حضرة الأب، وكن على ذكر مما قاله العلامة قاسم، من أنه لا يعدل عن تصحيح قاضيخان لأنه أجل من يعتمد على

الإسلام وغيره، على خلاف ما اعتمده المصنف في شرحه وعزاه للخلاصة، لكن متنه يحتمله بوصل ولو بأمه والأجنبي أيضاً. فتأمل (وصح رده لها كقبوله)

تصحيحه فإنه فقيه النفس، ولاسيما وفيه نفع للصغير، ويشهد له صحة قبول الصغير بنفسه إذا كان مميزاً ولو كان الأب حاضراً، وأيضاً قد وجدت دلالة تفويض الأب أمور الصبي إلى من يعوله كما يأتي في الزوجة الصغيرة بعد الزفاف فالأولى العمل على هذا القول، ولاسيما وقد صحح بلفظ الفتوى، وهو آكد ألفاظ التصحيح، وظاهر كلام الشارح اختياره حيث نقل تصحيحه عن البرجندي مستدركاً على ظاهر عبارة المصنف، فتأمل عند الفتوى. وإنما آثرت من النقول، لأنه واقعة الفتوى، ومعظم هذه النقول نقلتها من خط منلا علي التركماني واعتمدت في عزوها عليه، فإنه ثقة ثبت رحمه الله تعالى. كذا بخط سيدي الوالد رحمه الله تعالى. **(قوله لكن متنه يحتمله)** أي الجواز أي جواز قبض الأم والأجنبي لهم القبض مع وجود الأب بعيد الفاضل الذي هو القيد مع خصوص الحضور، لأن الحضور فرد من أفراد الوجود. قوله: **(بوصل ولو)** أي بسبب وصل قول المصنف ولو مع وجود أبيه. قوله: **(بأمه والأجنبي)** الجار متعلق بوصل، يعني يحتمله بأن يصل قول المتن ولو مع وجود أبيه بقوله وأمه وأجنبي اهـ: أي وبقبضهم، ولو مع وجود أبيه، لكنه خلاف ظاهر المتن وخلاف ما أوضحه المصنف في شرحه بأن وصله إنما هو بقبضه فقط منقطع عن قوله وأمه وأجنبي. قوله: **(أيضاً)** أي كما وصل بقوله ولو عبداً. قوله: **(وصح رده)** أي رد الصبي وانظر حكم رد الولي، والظاهر أنه لا يصح حتى لو قبل الصبي بعد رد وليه صح. وهل يكره ذلك لأنه لا مصلحة فيه؟ الظاهر نعم ط. قوله: **(لها)** أي للهبة. قوله: **(كقبوله)** قوله: وكذا قبول العبد المحجور صحيح كما في رمز المقدسي حيث قال فيه: وهب لعبد محجور ونحوه، فالقبول والقبض له لأن ذلك نافع للمولى والعبد مالك لمثله كالاحتطاب والملك للمولى. وكذا المكاتب، لكنه لا يملكه المولى اهـ.

قلت: ولم يذكر الرد والظاهر أن له الرد، وأطلق صحة القبول منه فشمل ما إذا كان الأب حياً أو ميتاً كما في الخلاصة.

وفي المبسوط: وهب للصبي شيئاً ليس له أن يرجع فيه وليس للأب التعويض اهـ. وفي الخانية: ويبيع القاضي ما وهب للصغير حتى لا يرجع الواهب في هبته اهـ. وهو مخالف لما تقدم عن المبسوط، ويأتي في كلام الشرح عن الخانية، وكذا في باب الرجوع في الهبة مع التكلم على ذلك، وقيد بالهبة، لأن المديون لو دفع ما عليه للصبي، ومستأجره لو دفع الأجرة إليه لا يصح، وأفاد أنه لا تصح الهبة للصغير الذي لا يعقل ولا تتم بقبضه. وأشار بإطلاقه إلى أن الموهوب له لو كان مديوناً للصغير تصح الهبة ويسقط الدين

سراجية. وفيها: حسنات الصبي له ولأبويه أجر التعليم ونحوه، ويباح لوالديه أن يأكلا من مأكول وهب له، وقيل لا انتهى. فأفاد أن غير المأكول لا يباح لهما إلا لحاجة.

وضعوا هدايا الختان بين يدي الصبيّ، فما يصلح له كثياب الصبيان، فالهداية له وإلا فإن المهدي من أقرباء الأب أو معارفه فللأب

كما في الخانية. قوله: (حسنات الصبي له) أي فيثاب عليها وترفع درجاته إذ لا ذنوب عليه حتى تكفر بها وهذا هو المعتمد وقيل لوالديه، وعليه فهل يتساويان أو للأم الثلثان منه؟ قيل وقيل. قوله: (ولأبويه) عبر بعضهم بوليه، وهو أعم. قال الأسروشني في جامع أحكام الصغار: حسنات الصبي قبل أن يجري عليه قلم له لقوله تعالى ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾ [النجم: ٣٩] وهذا قول عامة المشايخ وقال بعضهم: ينتفع المرء بعلم ولده بعد موته، لما روي عن أنس بن مالك أنه قال: من جملة ما ينتفع به المرء بعد موته أن يترك ولداً علمه القرآن أو العلم، فيكون لوالده أجر ذلك من غير أن ينقص من أجر الولد شيء اهـ. ومثله في كتاب الكراهية للملامي، ويؤيده قوله ﷺ «إذا مَاتَ ابْنُ آدَمَ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ: صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ»[1] اهـ. قوله: (أجر التعليم) أي إن علمه بزازية. قوله: (ونحوه) كالإرشاد والتسبب للوجود والبقاء، كذا في المنح. قوله: (ويباح لوالديه) التقييد بهما يخرج غيرهما. قوله: (من مأكول وهب له) لأن الإهداء إليهما وذكر الصبي لاستصغار الهدية هندية. قال في التاترخانية: روي عن محمد نصاً أنه يباح. وفي الذخيرة وأكثر مشايخ بخارى على أنه لا يباح. وفي فتاوى سمرقند: إذا أهدى الفواكه للصغير يحل للأبوين الأكل منها إذا أريد بذلك الأبوان، لكن أهدي للصغير استصغاراً للهدية اهـ.

قلت: وبه يحصل التوفيق ويظهر ذلك بالقرائن، وعليه فلا فرق بين المأكول وغيره بل غيره أظهر، فتأمل. قوله: (وقيل لا) قاله أكثر أئمة بخارى. قوله: (فأفاد) أصله لصاحب البحر وتبعه المصنف في منحه. قوله: (إلا لحاجة) تفقر الوالدين وذلك على وجهين، أما إن كان في المصر واحتاج لفقره أكل بغير شيء، وإن كان في المفازة واحتاج إليه لانعدام الطعام معه أكل بالقيمة كما في التاترخانية. وذكره الحموي عن الخانية. قوله: (فما يصلح له) كثياب الصبيان وكشيء يستعمله الصبيان مثل الصولجان والكرة فالهدية له، لأن هذا تمليك للصبي عادة. هندية. قوله: (فالهدية له) الأولى أن يقول: فهو له. قوله: (وإلا) بأن كانت الهدية لا تصلح للصبي عادة كالدراهم والدنانير هندية: وكالحيوان ومتاع البيت ينظر إلى المهدي الخ منح؟.

---

(١) أخرجه مسلم ٣/١٢٥٥ (١٤ - ١٦٣١).

أو من معارف الأم فللأم قال هذا للصبي أولا، ولو قال أهديت للأب أو للأم فالقول له، وكذا زفاف البنت. خلاصة. وفيها اتخذ لولده

تنبيه: في الفتاوى الخيرية: سئل فيما اعتاده الناس في الأفراح والأعراس والرجوع من الحج من إعطاء الثياب والدراهم، وينتظرون بدله عندما يقع لهم مثل ذلك ما حكمه؟.

أجاب: إن كان العرف شائعاً فيما بينهم أنهم يعطون ذلك ليأخذوا بدله كان حكمه حكم القرض فاسده كفاسده وصحيحه كصحيحه، إذ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، فيطالب به ويحبس عليه، وإن كان العرف خلاف ذلك بأن كانوا يدفعونه على وجه الهبة، ولا ينظرون في ذلك إلى إعطاء البدل فحكمه حكم الهبة في سائر أحكامه، فلا رجوع فيه بعد الهلاك أو الاستهلاك، والأصل فيه أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً اهـ.

قلت: والعرف في بلادنا مشترك نعم في بعض القرى يعدونه كالقرض، حتى أنهم في كل وليمة يحضرون الخطيب يكتب لهم جميع ما يهدى، فإذا فعل المهدي وليمة يراجع المهدي إليه دفتر الخطيب فيهدي الأول للثاني مثل ما أهدى إليه. قوله: (أو من معارف الأم) الأولى زيادة أقاربها كما في الأب وبه صرح في البزازية. قوله: (فللأم) لأن التمليك هنا من الأم عرفاً وهناك من الأب، فكان التعويل على العرف، حتى لو وجد سبب أو وجه يستدل به على غير ما قلنا يعتمد على ذلك. هندية. فلو كان من معارف كل منهما أو أقاربه، هل يقسم بينهما؟ يراجع. قوله: (قال هذا للصبي أولا) أي لا عبرة بهذا المقول لأنهم اعتادوا لإرادة بر الوالدين والتستر بمثل هذه العبارة تعظيماً لقدر الأبوين، وهذا إذا لم يمكن استطلاع الحقيقة؛ أما لو أمكن الاستخبار من المعطي فالعبرة لما يبينه كما قال الشارح. ولو قال أهديت الخ، قال في الهندية عن الظهيرية: وهذا كله إذا لم يقل المهدي شيئاً وتعذر الرجوع إلى قوله، أما إذا قال أهديت إلى الأب أو الأم أو الزوج أو المرأة فالقول للمهدي اهـ.

أقول: ولا ينافي هذا قوله هذا للصبي أولا، لما سمعته من أنه لا عبرة بهذا القول لأنهم اعتادوا بر الوالدين والتستر الخ. أما هنا فأراد إظهار حقيقة الحال فيعتبر قوله لأنه هو المملك وهو أدرى لمن وهب، فافهم. قوله: (وكذا زفاف البنت) أي وكذلك إن اتخذ وليمة لزفاف ابنته، فأهدى الناس هدايا فهو على ما ذكرنا من التفصيل بأن كان من أقرباء الزوج أو المرأة أو قال المهدي أهديت للزوج أو للمرأة كما في التاترخانية. والزفاف بكسر الزاي مصدر زففت المرأة أزفها زفاً وزفافاً اهـ. نوح أفندي. والمراد بالزفاف بعثها إلى بيته. قهستاني. قوله: (اتخذ لولده) أي الصغير، وأما الكبير فلا بد من التسليم كما قدمنا ومثله في جامع الفتاوى، وأما التلميذ فلو كبيراً فكذلك، ويملك الرجوع عن الهبة له لو

أو لتلميذه ثياباً ثم أراد دفعها لغيره، ليس له ذلك ما لم يبين وقت الاتخاذ أنها عارية. وفي المنتقى. ثياب البدن

أجنبياً مع الكراهة، ويمكن حمل قوله ليس له ذلك عليه، ونظير ذلك ما يأتي لو سيب دابته وقال هي لمن أخذها ليس له الرجوع. قوله: (أو لتلميذه) مسألة التلميذ مفروضة بعدما دفع الثياب إليه.

قال في الخانية: اتخذ ثياباً لتلميذه فأبق التلميذ بعدما دفع إليه، إن بين وقت الاتخاذ أنه إعارة يمكنه الدفع إلى غيره، فافهم. قوله: (ليس له ذلك) أي بعدما دفع الثياب إليه. قال في الهندية: اشترى ثوباً فقطعه لولده الصغير صار واهباً له بالقطع مسلماً إليه قبل الخياطة، ولو كان كبيراً لم يصر مسلماً إليه إلا بعد الخياطة والتسليم اهـ قنية وهذا يفيد تفصيلاً بين الولد الصغير والكبير فالاتخاذ يكفي في الصغير بدون تسليم، لا في الكبير، فيحمل كلامه على الصغير. وفي البزازية: اتخذ لولده الصغير ثياباً يملكها، وكذا الكبير بالتسليم، وينظر الوجه في التلميذ، فإن ذلك في حقه هبة، وهي لا تتم إلا بالقبض ولم يحصل بمجرد الاتخاذ، إلا أن يحمل الاتخاذ في حقه على التسليم، فإنه إذا سلمه ثم هرب التلميذ فليس له أن يعطيها لغيره. وعبارة البزازية: وكذا لو اتخذ لتلميذه ثياباً فأبق التلميذ، فأراد أن يدفعها لغيره، وإن أراد الاحتياط يبين وقت الاتخاذ أنها عارية ليمكنه الدفع إلى غيره، فقوله إنها عارية يفيد التسليم، لأن العارية لا تتحقق إلا بالتسليم ط. قوله: (ما لم يبين الخ) قال في البحر: وإن أراد الاحتياط يبين أنها عارية حتى يمكنه أن يدفع إلى غيره اهـ.

وفي الحاوي الزاهدي، برمز بم: دفع لولده الصغير قرصاً فأكل نصفه ثم أخذه منه ودفعه لآخر يضمن إذا كان دفعه لولده على وجه التمليك، وإذا دفعه على وجه الإباحة لا يضمن قال عرف به أن مجرد الدفع من الأب إلى الصغير لا يكون تمليكاً وأنه حسن اهـ. تأمل. قوله: (وفي المنتقى الخ) عبارته كما في البحر من صنع لولده ثياباً قبل أن يولد ليوضع عليها نحو الملحفة والوسادة، ثم ولدت امرأته ووضع عليها ثم مات الولد لا تكون الثياب ميراثاً ما لم يقر أن الثياب ملك الولد، بخلاف ثياب البدن فإنه يملكها إذا لبسها كمن قال إن فلاناً كان لابساً فهو إقرار له، بخلاف ما إذا كان قاعداً على هذا البساط، أو نائماً عليه لا يكون مقراً له بتلك اهـ.

وفي الهندية: قال أبو القاسم ولو جهزت المرأة لولدها الذي في بطنها ثياباً، فولدت فإن وضع الولد على الثياب فالثياب ميراث. قال الفقيه: وعندي أن الثياب لها ما لم تقر المرأة أنها جعلت ملكاً للغير، ألا ترى أنه لو كان الصبي مقدار عشر سنين أو نحو ذلك فبسطت له كل ليلة فراشاً وبسطت عليه ملحفة أو لحافاً لم يصر للولد ما لم تقل هذا لك

يملكها بلبسها، بخلاف نحو ملحفة ووسادة. وفي الخانية: لا بأس بتفضيل بعض الأولاد في المحبة لأنها عمل القلب، وكذا في العطايا إذا لم يقصد به الإضرار، وإن قصده يسوي بينهم، يعطي البنت كالابن عند الثاني، وعليه الفتوى. ولو وهب في

كذلك هنا، وليس هذا بمنزلة ثياب البدن اهـ. أي فإنها تصير ميراثاً عنه إذ لبسها لتعرف بالتمليك منه، ويفرق بينهما وبين مسألة الاتخاذ بأن هذه فيمن سيولد، ومسألة الاتخاذ فيمن ولد. ط. قوله: (يملكها بلبسها) هذا إذا كانت مهيأة عند الأب ودفعها لولده، أما لو قطعها لتخاط له فإن الولد يملكها بمجرد القطع، لكن يشكل على ذلك ما قدمناه عن الحاوي الزاهدي. قوله: (بخلاف نحو ملحفة ووسادة) لأن العرف أن الثياب تملك للولد بخلاف أثاث المنزل فإنه باق على ملك الأب أو الأم وإن انتفع به الأولاد.

أقول: والعرف في ديارنا أن أهل الأم يهيئون للولد السرير وفرشه ولبس الولد، فإذا ولد ألبسوه الثياب ووضعوه في السرير المفروش، وهذا لا شك في كونه للولد كما عليه العادة في بكرها فيورث ذلك عنه إذا مات. قوله: (لأنها عمل القلب) وذلك غير مقدور له يدل عليه حديث القسم «اللَّهُمَّ هَذَا قَسْمِي فِيمَا أَمْلِكُ، فَلا تُؤَاخِذْنِي فِيمَا تَمْلِكُ وَلا أَمْلِكُ» والمراد بما لا يملك المحبة. قوله: (وكذا في العطايا) ويكره ذلك عند تساويهم في الدرجة كما في المنح والهندية. أما عند عدم التساوي كما إذا كان أحدهم مشتغلاً بالعلم لا بالكسب لا بأس أن يفضله على غيره كما في الملتقط: أي ولا يكره.

وفي المنح: روي عن الإمام أنه لا بأس به إذا كان التفضيل لزيادة فضل له في الدين.

وفي خزانة المفتين: إن كان في ولده فاسق لا ينبغي أن يعطيه أكثر من قوته كيلا يصير معيناً له في المعصية اهـ.

وفي الخلاصة: ولو كان ولده فاسقاً فأراد أن يصرف ماله إلى وجوه الخير ويحرمه عن الميراث هذا خير من تركه اهـ: أي للولد، ومثله في البزازية بالعلة المذكورة. قوله: (إذا لم يقصد به الإضرار) أي فلا بأس بالتفضيل، ومع قصده لا بأس بالمساواة ولا تجوز الزيادة. رملي. قوله: (وإن قصده) مصدر قصد، وعبارة المنح: وإن قصد به الإضرار، وهكذا رأيته في الخانية. قوله: (وعليه الفتوى) أي على قول أبي يوسف من أن التنصيف بين الذكر والأنثى أفضل من التثليث الذي هو قول محمد. رملي.

قال في البزازية: الأفضل في هبة البنت والابن التثليث كالميراث، وعند الثاني التنصيف، وهو المختار، ولو وهب جميع ماله من ابنه جاز قضاء وهو آثم، نص عليه محمد اهـ. فأنت ترى نص البزازية خالياً عن قصد الإضرار.

صحته كل المال للولد جاز وأثم. وفيها: لا يجوز أن يهب شيئاً من مال طفله ولو بعوض لأنها تبرع ابتداء. وفيها: ويبيع القاضي ما وهب للصغير حتى لا يرجع الواهب في هبته، (ولو قبض زوج الصغيرة) أما البالغة فالقبض لها (بعد الزفاف ما وهب لها صح) قبضه ولو بحضرة الأب الصحيح لنيابته عنه

وقال في الخانية: ولو وهب رجل شيئاً لأولاده في الصحة وأراد تفضيل البعض على البعض، في ذلك لا رواية لهذا في الأصل عن أصحابنا، وروي عن الإمام أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا بأس به إذا كان التفضيل له لزيادة فضل في الدين، وإن كانا سواء يكره. وروى المعلى عن أبي يوسف أنه لا بأس به إذا لم يقصد به الإضرار، وإن قصد به الإضرار سوّى بينهم، يعطي الابنة مثل ما يعطي الابن. وقال محمد رحمه الله: يعطي للذكر ضعف ما يعطي للأنثى. والفتوى على قول أبي يوسف. قوله: (كل المال للولد) أي وقصد حرمان بقية الورثة كما يتفق ذلك فيمن ترك بنتاً وخاف مشاركة العاصب. قوله: (جاز) أي صح لا ينقض. وفي بعض المذاهب: يرد عليه قصده ويجعل متروكه ميراثاً لكل الورثة ط. قوله: (ولو بعوض) أي ولو كانت الهبة بعوض جاء للصبي قبل أو يحصل بعد، وظاهره ولو العوض أكثر، وأجازها محمد بعوض مساوٍ كما يذكر آخر الباب الآتي. قوله: (ويبيع القاضي إلخ) لأنه من المصلحة للصبي، وهذا مخالف لما في المبسوط. ونصه: وهب للصغير شيئاً ليس له أن يرجع فيه وليس للأب التعويض اهـ.

وفي المنية: وهب للصغير فعوّض الأول من مال الابن لا يجوز. وإذا لم يجز لم يجز للواهب أن يرجع؟ وفيها عن السراجية: وهب للصغير لا يملك الرجوع، وقيل: هذا إذا نوى الصدقة اهـ.

أقول: لكن في البزازية: وهب للصغير فعوض أبوه من ماله لا يجوز، وإن عوّض فللواهب الرجوع لبطلان التعويض اهـ. وقوله من ماله: أي مال الصغير، فلو من مال الأب صح لما سيأتي في الباب الآتي من صحة التعويض من الأجنبي، وعليه فيتعين حمل عدم الرجوع فيما إذا عوض الأب أو الأجنبي من مالهما أو كان نوى الواهب عند الإعطاء الصدقة. فتأمل.

قال ط: وانظر ما حكمه، وإن نظرنا إلى ما عللنا به كان واجباً إن تيقن الرجوع وكان الأب ونحوه في حكم القاضي، ويحرر. قوله: (ولو قبض زوج الصغيرة) سواء كانت ممن يجامع مثلها أو لا في الصحيح. بحر. قوله: (فالقبض لها) لا لزوجها ولا لأبيها. بحر. قوله: (ما وهب لها) احترز به عن ديون لها فلا يملك قبضها مطلقاً. بحر. قوله: (لنيابته عنه) لأنه فوّض أمورها إليه دلالة. قال الشمني: لأنه حينئذ له عليها ولاية لكونه يعولها.

فصح قبض الأب كقبضها مميزة (وقبله) أي الزفاف (لا) يصح لعدم الولاية.

(وهب اثنان داراً لواحد صح) لعدم الشيوع (وبقلبه) لكبيرين (لا) عنده

وفي الذخيرة: شرط بعض أصحابنا أن تكون يجامع مثلها. والصحيح أنه إذا كان يعولها يصح قبضه لها، سواء كان يجامع مثلها أو لا، لأنها لما زفت إليه أقام الأب الزوج مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من باب الحفظ اهـ. قوله: (فصح قبض الأب كقبضها مميزة) تفريع على العلة، لأن النائب إذا كان يملك قبض ذلك فالأصيل أولى، وقيد به لأن الأم وكل من يعولها لا يملكون القبض إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة، لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب، ولا ضرورة مع الحضور. منح. وقدم المؤلف أن الصحيح جواز قبض من يعول الصغير، ولو مع وجود الأب ط. لكن قدمنا عن الهداية والجوهرة: تصحيح عدم جواز قبض من يعوله مع عدم غيبة الأب، وبه جزم في البدائع، وأن قاضيخان وغيره صححوا الجواز، كما لو قبض الزوج والأب حاضر، وأن الفتوى عليه لاسيما وفيه نفع للصغير.

والحاصل: أنه اختلف التصحيح في هذه المسألة كما سمعت، لكن لا يعدل عن تصحيح قاضيخان كما قرروا لأنه فقيه النفس. قوله: (لعدم الولاية) أي الاستيلاء عليها بالفعل، لأن ولايته عليها إنما تكون بالدخول، لأن به تصير هي وما في يدها في تصرفه عادة، وإن لم يكن له عليها ولاية شرعية فإنه لا يتصرف في مالها، وإنما يقبض هبتها بعد الدخول نيابة عن الأب. وقول الزيلعي لأنه يعولها: أي يدخلها في عياله بالفعل. وتكون تحت تصرفه هو معنى ما يفهم من قول الشارح هنا لعدم الولاية: أي قبل الزفاف فافهم أن له الولاية بعده.

قال في الهندية: ولو كانت الصغيرة في عيال الجد أو الأخ أو الأم أو العم فوهب لها هبة فقبض الزوج جاز. كذا في التاترخانية، فإن أدركت لم يجز قبض الأب ولا الزوج عليها إلا بإذنها. كذا في الجوهرة.

صغيرة في عيال أجنبي عالها برضا أبيها والأب غائب فقبض الأجنبي لها صحيح دون قبض الأخ. كذا في السراجية، ولو كان الصغير في عيال الجد أو الأخ أو الأم أو العم فوهب له هبة فقبض الهبة من كان الصغير في عياله والأب حاضر، اختلف المشايخ فيه، والصحيح الجواز. هكذا في فتاوى قاضيخان، وبه يفتى، هكذا في الفتاوى الصغرى اهـ. قوله: (وهب اثنان داراً) والمراد بها ما يقسم. قوله: (لعدم الشيوع) لأنهما سلماه جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع. بحر. وفيه إشعار بأن هبة الاثنين للاثنين لا تجوز كما يأتي. قوله: (وبقلبه) وهو هبة واحد من اثنين. قوله: (لكبيرين) أي غير فقيرين وإلا كانت صدقة فتصح كما يأتي. قوله: (لا عنده للشيوع) هذا إذا لم يبين نصيب كل واحد

للشيوع فيما يحتمل القسمة، أما ما لا يحتملها كالبيت فيصح اتفاقاً. قيدنا بكبيرين

منهما. أما إذا بين بأن قال لهذا ثلثاها ولهذا ثلثاها، أو لهذا نصفها ولهذا نصفها لا يجوز عندهما وإن قبضه. وقال محمد: يجوز إن قبضه. بحر. نظراً إلى أنه عقد واحد فلا شيوع كما إذا رهن من رجلين اهـ. دامادا. وقوله للشيوع: أي لأنه هبة النصف من كل واحد منهما بدليل أنه لو قبل أحدهما فيما يقسم صحت في حصته دون الآخر فعلم أنهما عقدان. قوله: (كالبيت) أي الصغير الذي لا يمكن أن يصير بيتين. قوله: (قيدنا بكبيرين) الأولى عدم ذكر هذا القيد، لأنه لا فرق بين الكبيرين والصغيرين والكبير والصغير عند أبي حنيفة، وقد تبع الشارح والمصنف البحر في عبارته، وظاهرها أنهما لو كانا صغيرين في عياله جاز عندهما، وفي البزازية ما يدل عليه. ولكن هذا كله على قولهما لا على قوله كما صرح به في الخانية، فراجعه إن شئت. وأصل الوهم أن صاحب الملتقى ذكر الحكم في مسألة الاثنين الصغير والكبير، غير مضاف إلى أحد فتوهم أنه قول الكل، ولو كان كذلك لبطل إطلاق المتون في قوله لا عكسه. تأمل اهـ.

أقول: نص عبارة الخانية هكذا: ولو وهب داراً لابنين له أحدهما صغير في عياله كانت الهبة فاسدة عند الكل، بخلاف ما لو وهب من كبيرين وسلم إليهما جملة، فإن الهبة جائزة عند أبي يوسف ومحمد، لأن في الكبيرين لم يوجد الشيوع لا وقت العقد، ولا وقت القبض. وأما إذا كان أحدهما صغيراً فكما وهب يصير الأب قابضاً حصة الصغير، فيتمكن الشيوع وقت القبض اهـ. وأنت خبير بأن إظهار الفرق بين المسألتين مبني على قول الصاحبين القائلين بجوازها للكبيرين مع موافقتهما الإمام، بعدم جوازها لكبير وصغير، بدليل قوله كانت الهبة فاسدة عند الكل، فليست مسألة الكبير والصغير مبنية على قولهما فقط فما فهمه صاحب البحر من عبارة صاحب الملتقى أنها قول الكل صحيح لا وهم فيه، وعبارة المتون لا تنافيه كما لا يخفى على نبيه. نعم إذا قلنا إذا كان الولدان صغيرين تجوز الهبة يكون مخالفاً لإطلاق المتون عدم جواز هبة واحد من اثنين، ولكن إذا تأمل النبيه في علة عدم الجواز على قول الإمام وهي تحقق الشيوع، يجزم بتقييد كلام المتون بغير ما إذا كانا صغيرين، لأن الأب إذا وهب منهما تحقق القبض منه لهما بمجرد العقد، بخلاف ما إذا كان أحدهما كبيراً فإن قبض الكبير يتأخر عن العقد فيتحقق الشيوع عند قبضه كما مر عن الخانية، وعبارة البزازية أوضح في إفادة المراد حيث قال: لأن هبة الصغير منعقدة حال مباشرة الهبة لقيام قبض الأب مقام قبضه، وهبة الكبير محتاجة إلى قبول فسبقت هبة الصغير، فتمكن الشيوع، والحيلة أن يسلم الدار إلى الكبير ويهبها منهما اهـ: أي فإذا سلمها إلى الكبير أولاً ثم وهبها منهما تحقق القبضان معاً وقت العقد، فلم يتمكن الشيوع، ومقتضاه أنه لو سلمها للكبيرين ثم وهبها منهما تصح فليراجع. فظهر

لأنه لو وهب لكبير وصغير في عيال الكبير أو لابنيه صغير وكبير، لم يجز اتفاقاً.

أن الأولى عدم هذا القيد لأنه لا يفيد إلا الإشارة إلى خلافهما، فكان الأولى أن لا يذكره لأنه لا فرق بين الكبيرين والصغيرين والكبير والصغير. ويقول أطلق الاثنين، فأفاد أنه لا فرق بين أن يكونا كبيرين أو صغيرين أو أحدهما كبيراً والآخر صغيراً، وفي الأولين خلافهما. تأمل.

قال في الهندية: وكل ما يتخلص به من الحرام أو يتوصل به إلى الحلال من الحيل فهو حسن اهـ. قوله: (وصغير في عيال الكبير) صوابه في عيال الواهب كما يدل عليه كلام البحر وغيره. والذي في البحر والمنح والصغير في عياله، وعللاه تبعاً للمحيط بأنه حين وهب صار قابضاً حصة الصغير، فبقي النصف الآخر شائعاً اهـ. وهذا يدل على أن الضمير في عياله يرجع إلى الواهب، خلافاً لما تفيده عبارة المؤلف، وهذه التعلة تقال في المسألة المذكورة بعد. قوله: (لم يجز اتفاقاً) لتفرق القبض، لأن الصغير تتم هبته بقول أبيه: وهبته وينوب قبضه عن قبض الصغير، فبقي نصيب الكبير شائعاً فلا يصح، وإذا لم تصح الهبة للكبير لم تصح للصغير أيضاً لأنها لو صحت لكانت هبة مشاع، وبهذا تبين أن هبة الأب لابنه يشترط فيها الإفراز، وإلا لصحت الهبة للصغير، وأفاد أنها للصغيرين تصح لعدم المرجع لسبق قبض أحدهما، وحيث اتحد وليهما فلا شيوع في قبضه، ويؤيده قول الخانية: داري هذه لولدي الأصاغر يكون باطلاً، لأنها هبة فإذا لم يعين الأولاد كان باطلاً اهـ. فأفاد أنه لو عين صح، ولا يرد على ما مر قوله. عن الخزانة. ولو تصدق بداره على ولدين له صغيرين لم يجز، لأنه مخالف لما في المتون والشروح من قولهم إن الهبة لمن له عليه ولاية تتم بالعقد. سائحاني بزيادة.

وفي التاترخانية عن التتمة: سئل عمر النسفي عمن أمر أولاده أن يقتسموا أرضه التي في ناحية كذا بينهم، وأراد به التمليك فاقتسموها، وتراضوا على ذلك، هل يثبت لهم الملك، أم يحتاج إلى أن يقول لهم الأب ملكتكم هذه الأراضي أو يقول لكل واحد منهم ملكتك هذا النصيب المفرز؟ فقال: لا، وسئل عنها الحسن فقال: لا يثبت لهم الملك إلا بالقسمة.

وفي تجنيس الناصري: ولو وهب داراً لابنه الصغير ثم اشترى بها أخرى فالثانية لابنه الصغير، خلافاً لزفر. ولو دفع إلى ابنه مالاً، فتصرف فيه الابن يكون للابن إذا دلت دلالة على التمليك اهـ.

وفيها وسئل الفقيه. عن امرأة وهبت مهرها الذي لها على الزوج لابن صغير له وقبل الأب، قال: أنا في هذه المسألة واقف، فيحتمل الجواز كمن كان له عبد عند رجل وديعة فأبق العبد ووهبه مولاه من المودع فإنه يجوز.

وقيدنا بالهبة لجواز الرهن والإجارة من اثنين اتفاقاً (وإذا تصدق بعشرة) دراهم (أو وهبها لفقيرين صح) لأن الهبة للفقير صدقة، والصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد فلا شيوع، (لا لغنيين) لأن الصدقة على الغني هبة فلا تصح للشيوع:

وسئل مرة أخرى عن هذه المسألة فقال: لا يجوز. وقال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ. وفي العناية: وهو المختار اهـ. قوله: (لجواز الرهن) إنما جاز الرهن منهما لأن حكمه الحبس الدائم وقد ثبت لكل واحد منهما كملاً فلا شيوع فيه؛ ألا ترى أنه لو قضى دين أحدهما يبقى كله في يد الآخر اهـ. زيلعي. قوله: (والإجارة من اثنين اتفاقاً) بأن قال أجرت الدار منكما جاز بالاتفاق، ولو فصل بقوله نصف منك أو نحوه كثلث أو ربع يجب أن يكون عند أبي حنيفة على الخلاف مر فيما إذا كان كله بينهما، وأجر أحدهما النصف من أجنبي أنه يجوز في رواية لا في رواية، إلى أن قال: وأنت على علم من إطلاق المتون قاطبة فساد إجارة المشاع إلا من الشريك؛ وإطلاق بعضهم صحتها من اثنين محمول على حالة الإجمال. حامدية ملخصاً. ومثله في الخيرية ويأتي في الإجارة. قوله: (وإذا تصدق الخ) هذه عبارة الجامع الصغير. قوله: (يراد بها وجه الله تعالى) والفقير نائبه. زيلعي. قوله: (وهو) أي الله سبحانه وتعالى جلت عظمته. قوله: (واحد) أي لا ثاني له في ذاته ولا في صفاته، ولا في أفعاله بل هو أحد فرد صمد. قوله: (فلا شيوع) أشار بنفي الشيوع في هذه الصورة إلى أن الشيوع إذا تحقق في الصدقة يفسدها؛ لأنها كالهبة في ذلك كما سيأتي أواخر الباب الآتي، فلو تصدق ببعض ما يحتمل القسمة على فقير واحد، لم يصح لتحقق الشيوع، بخلاف التصدق بكله على فقيرين لما علمته من عدم الشيوع.

قال في المضمرات: ولو قال وهبت منكما هذه الدار والموهوب لهما فقير إن صحت الهبة بالإجماع. تاترخانية لكن قال بعده: وفي الأصل هبة الدار من رجلين لا تجوز، وكذا في الصدقة على غنيين، والأظهر أن في المسألة روايتين اهـ.

قال في البحر: وصحح في الهداية ما ذكره المصنف في الفرق وهو رواية الجامع الصغير. وقد علم بما قدمناه أن المراد من نفي الصحة هنا نفي الملك، فلو قسمها وسلمها صحت وملكاها كما لا يخفى، والله تعالى أعلم اهـ. وفي الجوهرة: هذا هو الصحيح؛ يعني خلافاً لهما في تجويزهما الهبة والصدقة للغنيين أيضاً. قوله: (لا لغنيين) أي لا تجوز الصدقة بعشرة دراهم أو هبتها لغنيين وهذا قوله، وقالا: تجوز، وفي الأصل أن الهبة لا تجوز، وكذا الصدقة عنده ففي الصدقة عنه روايتان. خانية. قوله. (هبة) قال في البحر والصدقة على الغني مجاز عن الهبة كالهبة من الفقير مجاز عن الصدقة؛ لأن بينهما اتصالاً معنوياً، وهو أن كل واحد منهما تمليك بغير بدل، فيجوز استعارة أحدهما للآخر فالهبة للفقير لا تجوز الرجوع، والصدقة على الغني تجوز الرجوع. قوله: (للشيوع) لأن

أي لا تملك حتى لو قسمها وسلمها صح.

فروع: وهب لرجلين درهماً: إن صحيحاً صح، وإن مغشوشاً لا لأنه مما يقسم لكونه في حكم العروض. معه درهمان فقال لرجل: وهبت لك أحدهما أو نصفهما: إن استويا لم يجز، وإن اختلفا جاز؛ لأنه شاع لا يقسم.

الهبة لهما يراد بها وهبا الثلث فحصل الشيوع. قوله: (أي لا تملك) فالمراد من نفي الصحة نفي الملك على هذا الوجه. أفاده في البحر. وقد علمت أنهما قولان:

الأول: أنها صحيحة، ولا تفيد الملك قبل القسمة.

والثاني: أنها فاسدة وهو المفتى به، وتقدم أن المفتى به أن الفاسدة تملك بالقبض، فهو مبني على ما قدمنا ترجيحه، فكيف يفسر أحد القولين بالآخر؟ فتأمل.

قال في البحر: عند قوله: والصدقة كالهبة لا تصح غير مقبوضة ولا في مشاع يقسم.

فإن قلت: تقدم أن الصدقة لفقيرين جائزة فيما يحتمل القسمة بقوله: وصحت تصدق عشرة لفقيرين.

قلت: المراد هنا من الشاع أن يهب بعضه لواحد فقط فحينئذ هو مشاع يحتمل القسمة بخلاف الفقيرين فإنه لا شيوع كما تقدم اهـ. قوله: (درهماً) قال في الهندية: ولو وهب درهماً صحيحاً من رجلين، اختلفوا فيه، والصحيح أنه يجوز، والدينار الصحيح قالوا: ينبغي أن يكون بمنزلة الدرهم الصحيح. كذا في قاضيخان. قوله: (إن صحيحاً صح) لأنه هبة مشاع لا يقسم. قوله: (لكونه في حكم العروض) هذا إذا لم تكن أثماناً رائجة أما إذا كانت كذلك فليست في حكم العروض. تأمل قوله: (إن استويا) أي وزناً وجودة. خانية. قوله: (لم يجز) لأنهما إذا استويا وزناً وجودة تكون هبة الشاع فيما يحتمل القسمة، لأنه لا يجبر على القسمة. منح. قوله: (وإن اختلفا) بأن كان أحدهما أثقل أو أجود. هندية. وظاهره أن هذا التفصيل يجري فيما لو قال له وهبت لك أحدهما، وجعله في الهندية وعزاه إلى الخانية قاصراً على ما إذا قال نصفهما لك، أما إذا قال أحدهما لك هبة لم يجز، سواء كانا سواء أو مختلفين اهـ. ولعله لأنهما إذا كانا سواء كانا مما يحتمل القسمة، وإن كانا مختلفين فللجهالة.

والحاصل: أن الهبة في الأولين تناولت أحدهما، أما في قوله أحدهما فظاهر، وأما في قوله نصفهما، لأنه تجري فيه القسمة جبراً باتحاد الجنس فكان له أحدهما، وهو مجهول، فلا يجوز، وفي الثاني تناولت قدر درهم منهما، وهو مشاع لا يحتمل القسمة فيجوز، وأن كلام الشارح بقوله وإن اختلفا جاز مخالف لما في الخانية كما علمت، فإنه

ولذا لو وهب ثلثهما جاز مطلقاً.

تجوز هبة حائط بين داره ودار جاره لجاره وهبة البيت من الدار فهذا يدل على كون سقف الواهب على الحائط واختلاط البيت بحيطان الدار لا يمنع صحة الهبة. مجتبى.

ذكر هذا التفصيل فيما إذا قال نصفهما ثم قال: وإن قال أحدهما لك هبة لم يجز سواء كانا سواء أو مختلفين.

قال في منية المفتي: دفع ثوبين إلى رجلين فقال أيهما شئت فهو لك والآخر لفلان، فإن بين الذي له قبل أن يفترقا جاز، وإلا فلا. قوله: (ولذا) أي لكونه مشاعاً لا يقسم. قوله: (جاز) هذا يفيد أن المراد بقوله سابقاً أو نصفهما واحد منهما لا نصف كل، وإلا فلا فرق بينه وبين الثلث في الشيوع، بخلاف حمله على أن المراد أحدهما فإنه مجهول فلا يصح. قوله: (مطلقاً) أي مستويين أو مختلفين. منح. قوله. (يدل الخ) هذه الدلالة غير ظاهرة، إذ لا يلزم من كون الحائط بين الدارين كون سقف الواهب عليه، ولا كون البيت من الدار اختلاطه بحيطان الدار تأمل.

قال ط: فهذا يدل: أي من حيث الإطلاق، وإلا فلا صراحة في كلامه بذلك.

وفي الهندية عن جواهر الأخلاطي: إذا وهب نصيباً له في حائط أو طريق أو حمام وسمى وسلطه على القبض فهي جائزة، كما لو وهب بيتاً له لآخر مع جميع حدوده وحقوقه مقسوماً مفروغاً فقبضه الموهوب له بإذن الواهب لكن ممر البيت مشترك بينه وبين آخر جاز اهـ.

وفي الذخيرة: هبة البناء دون الأرض جائزة. وفي الفتاوى عن محمد: فيمن وهب لرجل نخلة وهي قائمة لا يكون قابضاً لها حتى يقطعها ويسلمها إليه، وفي الشراء إذا خلى بينه وبينها صار قابضاً لها كما في متفرقات التاترخانية، وقدمنا نحوه عن حاشية الفصولين للرملي، وسيأتي تمامه قريباً. قوله: (لا يمنع صحة الهبة) المراد لا يمنع تملكها إذا قبضها كذلك ط.

قال سيدي الوالد في تنقيحه: في جواب سؤال حاصله: إذا وهبت امرأة من أولادها حصة من بناء طاحونة هل تصح أم لا؟

فأجاب: أما هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة، فهي صحيحة كما صرح به في المعتبرات، لكن في هذه المسألة وهبة البناء دون الأرض لا تصح إلا إذا سلطه الواهب على نقضه.

قال في الدرر. وكذا تجوز هبة البناء دون العرصة إذا أذن الواهب في نقضه وهبة أرض فيها زرع دونه: أي دون الزرع أو نخل فيها ثمر دونه: أي دون الثمر إذا أمره:

باب الرجوع في الهبة

أي الموهوب له بحصاده في الزرع وجذاذه في الثمر؛ لأن المانع للحوق الاستحقاق بملك المولى، فإذا أذن المولى في القبض والحصاد والجذاذ، وقبض الموهوب له زال المانع، فجازت الهبة اهـ. ونقله في المنح عنها وأقره.

وأفتى المرحوم عماد الدين عن سؤال رفع إليه وصورته: فيما إذا كان لزيد عمارة قائمة في أرض الغير، فملك زيد العمارة المزبورة لزوجته، ولم يأذن لها بنقض العمارة، فهل يكون التمليك غير صحيح أم لا؟

الجواب: نعم يكون التمليك غير صحيح، فلينظر في مسألتنا هل سلطه على نقضه أم لا؟ فبعد ذلك يظهر الجواب، والله أعلم بالصواب.

قال في الفتاوى الهندية من الهبة: ومنها أن يكون الموهوب مقبوضاً حتى لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض، وأن يكون مقسوماً إذا كان مما يحتمل القسمة، وأن يكون متميزاً عن غير الموهوب، ولا يكون متصلاً ولا مشغولاً بغير الموهوب، حتى لو وهب أرضاً فيها زرع للواهب، دون الزرع أو عكسه أو نخلاً فيها ثمرة للواهب معلقة به دون الثمرة أو عكسه لا يجوز، وكذا لو وهب داراً أو ظرفاً فيها متاع للواهب. كذا في النهاية اهـ. وعلى هذا فقول البزازية: وهب البناء لا الأرض يجوز يحمل إطلاقه على ما إذا أذن له الواهب في نقضه كما هو صريح الغرر وجامع الفتاوى كما تقدم، لكن أفتى مفتي الروم علي أفندي بمقتضى إطلاق البزازية بالجواز من غير قيد كما في فتاواه التركية الشهيرة، والله أعلم.

أقول: وما في البزازية نقل مثله في نور العين عن الفقيه، ومثله في التتارخانية عن الذخيرة حيث قال: هبة البناء دون الأرض جائزة، ولو وهب لرجل نخلة وهي قائمة لا يكون قابضاً لها حتى يقطعها ويسلمها إليه اهـ. هذا والموافق للمتون ما مر عن الغرر لقول الكنز وغيره: تصح في محوز مقسوم ومشاع لا يقسم، ويظهر لي التوفيق بين كلامهم بأن من قال كالغرر لا تصح إلا إذا سلطه الواهب على نقضه معناه لا تتم، ولا تملك إلا إذا أذن له الواهب بالقبض ونقضه؛ لأنه بعد النقض صار محوزاً مقسماً؛ ومن قال تصح ولم يقيد بذلك أراد أنه يصح العقد، وإن لم يفد الملك وحينئذ فلا تنافي بين الكلامين اهـ مختصراً. وتمام تحقيقه ثمة فراجعه، والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم.

باب الرجوع في الهبة

بمعنى الموهوب لأن الرجوع إنما يكون في حق الأعيان لا في حق الأقوال، ولو وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على قبضه، وقبض ويصح له الرجوع لأن الهبة هنا تمليك لا إسقاط. حموي. بخلاف هبته ممن هو عليه فلا رجوع فيها لأنها إسقاط، والساقط لا يعود. در منتقى. ويصح الرجوع فيها كلاً أو بعضاً. منتقى. فلا يمنع الشيوع

(صح الرجوع فيها بعد القبض)، أما قبله فلم تتم الهبة

كما لو وهبا عبداً لأحدهما الرجوع، وأطلق في الرجوع في الهبة فانصرف إلى الأعيان، فلا رجوع في هبة الدين للمديون بعد القبول، بخلافه قبله لكونه إسقاطاً. بحر. وسيأتي آخر الفصل عند الكلام على النظم عبارة البحر وأنه اشتبه عليه الرد بالرجوع، فتأمل.

وفي البحر: لا يخفى حسن تأخير هذا الباب، ودخل في الهبة الهدية، فإن للمهدي الرجوع كما في المنية وغيرها. در منتقى. وأخرج بالهبة الصدقة: أي للفقير فإنه لا يصح الرجوع فيها لأن القصد فيها الثواب وقد حصل. حموي. والمراد بالهبة ما كان هبة لغني، فلو كانت لفقير فلا رجوع لأنها صدقة. شرنبلالية. قوله: (صح الرجوع فيها) أي في الهبة الصحيحة بعد القبض، وأشار بذكر الصحة دون الجواز إلى أنه يكره الرجوع فيها كما يأتي، وإنما صح لقوله عليه الصلاة والسلام «الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ»[1] أي يعوض.

وقال الشافعي: لا يصح إلا في هبة الوالد لولده لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يَرْجِعُ الْوَاهِبُ فِي هِبَتِهِ، إلَّا الْوَالِدَ فِيمَا وَهَبَ لِوَلَدِهِ»[2] ونحن نقول: المراد نفي الاستبداد في الرجوع والتملك للحاجة. وفي القهستاني: لا ينبغي أن يشتري الواهب الموهوب من الموهوب له لأنه يستحي فيأخذه بأقل من قيمته اهـ. وقد سمعنا أن بعض قضاة الزمن السابق كان لا يشتري من بعض أهل عمله خوف المراعاة، بخلاف بعض قضاة زماننا فإنهم متى أمكنهم الشراء بأنفسهم لا يعدلون عنه (يأخذوا الكثير بالقليل للمراعاة والخوف، بل بعضهم له مكس على البائعين.

قال في الهندية: وألفاظ الرجوع: رجعت في هبتي، أو ارتجعتها، أو رددتها إلى ملكي، أو أبطلتها وأنقضتها، فإن لم يتلفظ بذلك ولكنه باعها أو رهنها أو أعتق العبد الموهوب أو دبره لم يكن ذلك رجوعاً، وكذا لو صبغ الثوب أو خلط الطعام بطعام نفسه لم يكن رجوعاً، ولو قال إذا جاء رأس الشهر فقد ارتجعتها لم يصح. كذا في الجوهرة النيرة اهـ. وفيها يجب أن يعلم بأن الهبة أنواع: هبة لذي رحم محرم، وهبة لأجنبي، أو لذي رحم ليس بمحرم. أو لمحرم ليس بذي رحم. وفي جميع ذلك للواهب حق الرجوع قبل التسليم. كذا في الذخيرة سواء كان حاضراً أو غائباً أذن له في قبضه أو لم يأذن له. كذا في المبسوط. وبعد التسليم ليس له حق الرجوع في ذي الرحم المحرم، وفيما سوى ذلك له حق الرجوع إلا أن بعد التسليم لا ينفرد الواهب بالرجوع، بل يحتاج فيه إلى القضاء أو الرضاء، وقبل التسليم ينفرد الواهب بذلك. كذا في الذخيرة. قوله: (فلم تتم الهبة) يعني

(١) أخرجه البيهقي في السنن ٦/ ١٨١ والدارقطني ٣/ ٤٤ وذكره المتقي الهندي في الكنز (٤٦٦٦١).
(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/ ١٢٤.

(مع انتفاء مانعه) الآتي (وإن كره) الرجوع (تحريماً، وقيل تنزيهاً. نهاية. ولو مع

لو وجد الإيجاب والقبول ثم امتنع عن التسليم، فإنه لا يسمى رجوعاً لأن الهبة لم تتم فلم يخرج الموهوب عن ملك واهبه، فلا يقال إن له رجوعاً فيه، ولا فرق بين ذي الرحم والزوجين، وغير ذلك والظاهر أنها لا تخلو عن الكراهة لأنها لا تنزل عن الوعد بل هي فوقه. قوله: (مع انتفاء مانعه الآتي) المشار إليه بجمع خزقة. قوله: (وإن كره تحريماً) بهذا حصل الجمع بين قوله ﷺ «لاَ يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً أَوْ يَهَبَ هِبَةً فَيَرْجِعَ فِيهَا، إِلاَّ الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ»[1] ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع كمثل الكلب يأكل، فإذا شبع قاء ثم عاد في قيئه، وبين قوله عليه الصلاة والسلام «مَنْ وَهَبَ هِبَةً فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا»[2] اهـ. فبالثاني ثبت الرجوع وبالأول ثبتت كراهة التحريم، ويثب بضم الياء التحتية وفتح المثلثة مضارع مجهول مجزوم من أثاب يثيب: أي عوض. كذا ضبطه عزمي زاده.

قال في الدرر المراد بالحديث الأول: أن الواهب لا ينفرد بالرجوع بلا قضاء، ولا رضا إلا الوالد إذا احتاج إلى ذلك، فإنه ينفرد بالأخذ لحاجته: أي للإنفاق، وسمي ذلك رجوعاً نظراً إلى الظاهر وإن لم يكن رجوعاً حقيقة، على أن هذا الحكم غير مختص بالهبة، بل الأب إذا احتاج له الأخذ من مال ابنه ولو غائباً، ولو لم يحتج لا يجوز له الأخذ اهـ ملخصاً ط. أو المراد: أنه لا يحل الرجوع بطريق الديانة والمروءة، وهو كقوله عليه الصلاة والسلام «لاَ يَحِلُّ لِرَجُلٍ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ أَنْ يَبِيتَ شَبْعَانَ وَجَارُهُ إِلَى جَنْبِهِ طَاوٍ» أي لا يليق ذلك بالديانة والمروءة وإن كان جائزاً في الحكم. نهاية. وقال الزيلعي بعد ما أجاب بما أجاب به صاحب الدرر: على أنا لا نسلم أن الحديث الذي رواه ينافي الرجوع؛ لأنه خبر عن قبحه، فمعناه: أنه لا يليق به أن يرجع فيه إلا الواهب فيما يهبه لولده، ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام «الْمُؤْمِنُ لاَ يَكْذِبُ» وقوله عليه الصلاة والسلام «الزَّانِي لاَ يَزْنِي وَهُوَ مُؤْمِنٌ»[3] أي لا يليق به أن يكذب أو يزني وهو مؤمن، لا أنه ينافي صفة الإيمان به، بل هو قبيح ومع الإيمان أقبح فكذا هذا الخ: أي قبيح من حيث العادة لا الشرع؛ لأن الشرع مكنه من الرجوع، ويستحب الإمام الشافعي قال الإمام مالك وأحمد في ظاهر مذهبه. عزمي زاده. قوله: (وقيل تنزيهاً) أخذاً من قول المبسوط إنه غير مستحب، ولا دلالة فيه على أن الكراهة للتنزيه، فإن المكروه تحريماً والحرام غير

---

(1) أخرجه أحمد في المسند ١/٢٣٧ وأبو داود (٣٥٣٩) والترمذي (٢١٣٢) وقال: هذا حديث حسن صحيح والنسائي ٦/٢٦٥ وابن ماجه (٢٣٧٧) وابن حبان كما في الموارد (١١٤٨) والحاكم في المستدرك ٢/٤٦.
(2) أخرجه الطبراني في الكبير ١١/١٢٧ والدارقطني في السنن ٣/٤٣.
(3) أخرجه البخاري ٥/١١٩ (٢٤٧٥) ومسلم ١/٧٦ (١٠٠ - ٥٧).

إسقاط حقه من الرجوع فلا يسقط بإسقاطه. خانية.

وفي الجواهر: لا يصح الإبراء عن الرجوع، ولو صالحه من حق الرجوع على شيء صح وكان عوضاً عن الهبة، لكن سيجيء.

مستحب، وقول الزيلعي: الرجوع قبيح صريح في أن الكراهة للتحريم، إذ لا يقال للمكروه تنزيهاً قبيح؛ لأنه من قبيل المباح أو قريب منه

قال في المنح: وقد وصف الرجوع بالقبح الزاهدي والحدادي وكثير من الشارحين، ومن ثم اخترنا كراهة التحريم.

قال في الفتاوى الخانية: الرجوع في الهبة مكروه في الأحوال كلها ويصح. وكذا في التاترخانية انتهى. ودليل الكراهة التحريمية خاص من السنة، وهو الحديث المتقدم، يروي الكرخي عن أصحابنا أنه حرام. قوله: (فلا يسقط الخ) علم من هذا أن الإسقاط لا يكون في كل حق، فإن بعض الحقوق لا تسقط وإن أسقطها صاحبها كهذا الحق كما في البزازية، فهو نظير للإرث والاستحقاق في الوقف يثبت جبراً فلا يسقط بالإسقاط. قوله: (وكان عوضاً الخ) أي أن حق الرجوع لا يسقط بالإسقاط لا مجاناً ولا بعوض، وإنما يسقط الرجوع بجعل العوض عوضاً عن الهبة والتعويض عن الهبة يمنع من الرجوع كما يأتي في الموانع. قوله: (لكن سيجيء) أي نقلاً عن المجتبى، وسيقول الشارح إنه لم ير من صرح به غيره وإن فروع المذهب مطلقة، ولا يخفى ما قاله ابن وهبان: أن ما تفرد به الزاهدي لا يعول عليه؛ مع أن كلاً مؤول بأن العوض إذا لم ينص عليه أنه عوض عنها لا يكون مانعاً من الرجوع، ويكون لكل من الواهبين أن يرجع في هبته، ويكون معنى قوله إنما كان مشروطاً في العقد: أي عقد التعويض، ولذا قال بعده. فأما إذا عوضه بعده فلا وهي هبة مبتدأة، وهذا قد صرحوا به أنه عند عدم التصريح بالتعويض لكل منهما أن يرجع، فتوافق عبارة المجتبى بقية نصوص الفقهاء، وقضى كلام الخير الرملي وما يأتي من إيماء في كتابتهما على منح الغفار تسليم ما في المجتبى من هذا الشرط: وقد علمت أنه بهذا المعنى غير مسلم له لإطلاق المتون والشروح والفتاوى صحة التعويض من غير اشتراطه في عقد الهبة، فتعين غلطه لو لم يحمل العقد على عقد العوض كما سمعت، وهذا لا يمنع منه ظاهر عبارة المجتبى.

قال في المنح بعد نقل عبارة الجوهرة: وهو مخالف لما وقع في المجتبى معزياً إلى شرح القدوري من قوله إنما يسقط الرجوع إذا كان مشروطاً في العقد: فأما إذا عوضه بعده فلا، وهي هبة مبتدأة.

قال الرملي: وقد يقال: ما في الجواهر لم يدخل في كلام المجتبى، إذ ما في الجواهر صلح عن حق الرجوع نصاً، وقد صح الصلح فلزم سقوطه ضمناً. بخلاف ما لو أسقطه

اشتراطه في العقد (ويمنع الرجوع فيها) حروف (دمع خزقة) يعني الموانع السبعة الآتية (فالدال الزيادة) في نفس العين،

قصداً فكم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً وليس بحق مجرد حتى يقال بمنع الاعتياض عنه كما هو ظاهر، وما في المجتبى مسألة أخرى، فتأمله. قوله: (اشتراطه) أي العوض لكن سيجيء البحث في هذا الاشتراط. قوله: (ويمنع الرجوع) أي ومنع الرجوع في الهبة الموانع الآتي تفصيلها. قوله: (حروف دمع خزقة) أي مجموعها: أي مرموزها قيل هو من نظم الإمام النسفي وقيل لغيره. در منتقى. قال البرجندي: هذا التركيب لمجرد الضبط، وليس معه معنى يعتد به اهـ. وغاية ما يتكلف له أن يكون دمع خزقة فاعل يمنع، وفي الصحاح: خزقهم بالنبل: أصابهم به اهـ. فالمعنى إصابة دمع. وفي الدرر: الخزق: الطعن، والخازق: السنان، فكأنه شبه الدمع بالسنان اهـ. وهذا وما قبله يفيد تنوين دمع، وأن خزق فعل ماض والهاء ضمير يرجع إلى الشخص. قال القهستاني: والمعنى التركيبي أن دمعه لكثرته كأن أخرقه لسيول تجري وجهه، وله ضوابط أخر كخزق قلمه: أي ثلف ونحو عز خلمه وزعق خدمه: أي صاح. وفي القهستاني عن العمادي أنه الرجوع يصح في الفاسدة وإن وجد أحد الموانع، لأن المقبوض منها مضمون بعد الهلاك فله الرجوع قبله اهـ. فالمانع إنما هو في الصحيحة ط. والنظم المنسوب للنسفي هو بيت مفرد وهو: [الرجز]

وَيَمْنَعُ الرُّجُوعَ فِي فَصْلِ الهِبَهْ ... يَا صَاحِبِي حُرُوفُ دَمْعٍ خَزَقَهْ

قال الرملي: قد نظم ذلك والدي العلامة شيخ الإسلام محيي الدين فقال. [الكامل]

مَنَعَ الرُّجُوعَ مِنَ الْمَوَاهِبِ سَبْعَةٌ ... فَزِيَادَةٌ مَوْصُولَةٌ مَوْتٌ عِوَضْ
وَخُرُوجُهَا عَنْ مِلْكِ مَوْهُوبٍ لَهُ ... زَوْجِيَّةٌ قُرْبٌ هَلَاكٌ قَدْ عَرَضْ

قوله: (يعني الموانع السبعة الآتية) بقي ثامن وهو ما ذكره في المبسوط ومنية المفتي من أنه إذا وهب للصغير شيئاً لا يرجع به اهـ. لكن قدمنا عن البزازية عند قول الشارح: ويبيع القاضي الخ أنه لو وهب للصغير فعوضه أبوه من ماله لا يجوز؛ وإن عوض فللواهب الرجوع لبطلان التعويض وإن عدم الرجوع فيما إذا عوض الأب أو الأجنبي من مالهما أو كان نوى الواهب الصدقة عند الإعطاء فلا تنسه. قوله: (الزيادة في نفس العين) قيد به لأنها لو كانت في قيمتها لا تمنع لأنها حينئذ لرغبة الناس إذ العين بحالها، ذكره الشمني. ومثله في الهندية، وفيها: وكذا إذا زاد في نفسه من غير أن يزيد في القيمة: أي فله الرجوع. ولو نقله من مكان إلى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج إلى مؤنة النقل ذكر في المنتقى أنه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ينقطع الرجوع، ولو وهب عبداً كافراً فأسلم في يد الموهوب له أو وهب عبداً حلال الدم فعفا ولي الجناية في يد الموهوب

الموجبة لزيادة القيمة (المتصلة) وإن زالت قبل الرجوع كأن شب ثم شاخ

له لا يرجع، ولو كانت الجناية خطأ ففداه الموهوب له لا يمتنع الرجوع، ولا يسترد الفداء كذا في التبيين، وإن رجع قبل أن يفديه فالجناية على العبد يدفعه الواهب بها أو يفديه، كذا في المبسوط. ولو قطعت يده وأخذ الموهوب له أرشه كان للواهب أن يرجع ولا يأخذ الأرش. كذا في البحر اهـ. وقيد بالزيادة لأن النقصان كالحبل وقطع الثوب، سواء كان بفعل الموهوب له أو لا غير مانع.

وفي الهندية عن المبسوط: وإذا أراد الواهب الرجوع وهي حبلى، فإن كانت قد ازدادت خيراً فليس له أن يرجع فيها، وإن كانت قد ازدادت شراً فله أن يرجع فيها؛ والجواري في هذا تختلف منهن إذا حبلت سمنت وحسن لونها فكان ذلك زيادة في عينها فيمتنع الرجوع، ومنهن إذا حبلت اصفرّ لونها ودقّ ساقها فيكون ذلك نقصاً فيها لا يمنع الواهب من الرجوع اهـ. وينبغي حمل هذا على ما إذا كان الحبل من غير السيد: أي الموهوب له، أما إذا كان منه فلا رجوع؛ لأنها ثبت لها منه بالحمل وصف لا يمكن زواله وهو أنها تأهلت لكونها أم ولد، كما إذا ولدت منه بالفعل كما ذكره أبو السعود عن شيخه والده الحموي، وذكره بعض المتأخرين تفقهاً، وقد ذكروا أن الموهوب له إذا دبر العبد الموهوب انقطع الرجوع، لكن قال في السراج الوهاج. ولو وهب له جارية فحبلت في يد الموهوب له فأراد الرجوع فيها قبل انفصال الولد لم يكن له ذلك؛ لأنها متصلة بزيادة لم تكن موهوبة؛ لأن الولد يحدث جزءاً فجزءاً فلا يصل إلى الرجوع فيما وهب إلا بالرجوع فيما لم يهب كالزيادة المتصلة اهـ. وقد ذكر الزيلعي أن الحبل لو لم تزد به فللواهب الرجوع فيها لأنه نقصان اهـ. فتأمل ما بينهما.

قلت: وذكر في النهر في باب خيار العيب: أن الحبل عيب في بنات آدم لا في البهائم اهـ. فتأمل. قوله: (الموجبة لزيادة القيمة) بالرفع صفة لزيادة أما إذا كانت الزيادة في العين لا توجب الزيادة في القيمة، أما المنقصة التي توجب نقصاً في السعر كطول فاحش تنقص به القيمة وكبر طحال فإنه لا ينقطع به حق الرجوع كما في محيط السرخسي.

أقول: وينبغي أن يكون السمن المفرط كالطول الفاحش، فإنه ينقص القيمة أيضاً، فلا ينقطع به حق الرجوع فتأمل.

قال في البحر: وخرج الزيادة في العين فقط كطول الغلام، وفداء الموهوب له لو كان الموهوب جنى خطأ اهـ. وتمامه فيه. لكن سيأتي قريباً عن قاضيخان ما ينافيه. قوله: (المتصلة) قيد بها لأن المنفصلة غير مانعة من الرجوع في الأصل والزيادة للموهوب له، بخلاف الرد بالعيب حيث يمتنع بزيادة الولد كما يأتي. قوله: (وإن زالت قبل الرجوع كأن

لكن في الخانية ما يخالفه، واعتمده القهستاني.

شب ثم شاخ) فيه أنه من قبيل زوال المانع كما قاله الإسبيجابي ولهذا سموها موانع. وعبارة القهستاني: مانع الزيادة إذا ارتفع كما إذا بنى ثم هدم عاد حق الرجوع كما في المحيط وغيره، ومن الظن أنه ينافيه ما في النهاية أنه حين زاد لا يعود حق الرجوع بعده، لأنه قال ذلك فيما إذا زاد وانتقص جميعاً كما صرح به نفسه اهـ.

قلت: في التاترخانية: ولو كانت الزيادة بناء فانهدم يعود حق الرجوع، والمانع من الرجوع الزيادة الباقية في العين كما ذكر شمس الأئمة السرخسي اهـ. وعبارة الشارح جملة شرطية سقط جوابها من قلمه سهواً، والمسألة في شرح التصحيح لابن ملك. ولو منع القاضي الرجوع لثبوت الزيادة ثم زالت عاد للواهب حق الرجوع كما في المحيط. ونقله في الدرر.

قال في غاية البيان: وقال في الكافي: رجل وهب لرجل أرضاً فبنى فيها الموهوب له بناء ثم أراد الواهب الرجوع فخاصمه إلى القاضي فقال له القاضي ليس لك أن ترجع فيها ثم هدمها الموهوب له كان للواهب أن يرجع فيها. قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي: يريد به أن قول القاضي لم يقع قضاء حتى لا ينقض، وإنما وقع فتوى بناء على مانع، فإذا زال المانع تغير الحكم اهـ. ومثله في التاترخانية عن المحيط. قوله: (لكن في الخانية ما يخالفه) وكذا في الظهيرية. قال سري الدين في حاشية الزيلعي: وفي الظهيرية وقاضيخان: وإذا قضى القاضي ببطلان الرجوع لمانع ثم زال المانع عاد حق الرجوع. بيانه: إذا بنى في الدار الموهوبة بناء أبطل القاضي رجوع الواهب بسبب البناء، ثم هدم الموهوب له البناء وصارت كما كانت فله الرجوع فيها اهـ. وقد علمت أنه بزوال المانع لا ينقض قضاء. والمسألة المذكورة في المؤلفات فيها خلاف أيضاً.

فقد قال في المحيط والذخيرة: رجل وهب لرجل وصيفاً فشب عند الموهوب له وطال وشاخ وانتقصت قيمته ليس للواهب الرجوع، لأنه زاد في بدنه وطال في جثته ثم انتقص من وجه آخر بشيخوخته، وحين زاد سقط حق الرجوع فلا يعود بعد ذلك، ولو كان طويلاً يوم وهبه وطال عند الموهوب له وكان الطول مفسداً وكان ينتقص به فهذه ليست بزيادة حقيقة فلا يمنع الرجوع، ويكون الشيء زيادة صورة ونقصاناً معنى كالإصبع الزائدة وما أشبه ذلك كما في الذخيرة.

وذكر الناطفي في أجناسه: ولو وهب أمة فسمنت وكبرت له أن يرجع، وكذا جميع الحيوانات اهـ. وفي الهندية عن المحيط: ولو وهب أمة فشبت وكبرت لا يرجع وكذلك جميع الحيوانات اهـ. فهما قولان للمشايخ ط. لكن الموافق لما في قاضيخان أولى، حيث ذكر عدم الرجوع ولم يتعرض لخلافه كما يأتي قريباً، فتأمل. قوله: (واعتمده القهستاني)

فليتنبه له لأن الساقط لا يعود (كبناء وغرس) إن عدا زيادة في كل الأرض وإلا رجع، ولو عدا في قطعة منها امتنع فيها فقط. زيلعي (وسمن) وجمال

حيث قال: وفيه إشعار بأن مانع الزيادة إذا ارتفع كما إذا بنى ثم هدم عاد حق الرجوع كما في المحيط اهـ. قوله: (فليتنبه له) بمنزلة قوله وفيه نظر وعلله بقوله: «لأن الساقط الخ». قوله: (لأن الساقط لا يعود) وفيه أن هذا من باب زوال المانع، كما إذا تزوجت المرأة وسقط حقها في الحضانة فإنها إذا بانت عاد حقها فيها لزوال المانع، ولذا اعتمد في شرح الملتقى العود، هكذا وجد في بعض النسخ، وهي التي كتب عليها الحلبي: وفي بعض النسخ تقديم العلة على قوله فليتنبه، وعليها فهو تعليل لقوله وإن زالت الخ، وهو الصواب وغيرها خطأ من الناسخ.

والحاصل: أن هذا من باب زوال المانع لا عود الساقط لما علمت من أن الزيادة المتصلة من موانع الرجوع فكان الوجه ما في الخانية، وسيصرح به نقلاً عن الدرر حيث قال تقضي ببطلان الرجوع لمانع ثم زال المانع عاد الرجوع، فأفاد صحة الرجوع ولو بعد القضاء بعدمه عند وجود المانع إذا زال ذلك المانع لا من باب الساقط حتى لا يرجع، حتى لو قضى ببطلان الرجوع لمانع ثم زال يعود الرجوع كما يأتي، ويؤيده ما يأتي في المانع الرابع خروج الموهوب إلا إذا رجع للثاني فله الرجوع فكذلك هنا. قوله: (إن عدا زيادة) قال في المنح: إنما كان يوجب الزيادة في الأرض، وإن كان يوجب لا يمنع الرجوع، وإن كان يوجب في قطعة منها بأن كانت الأرض كبيرة بحيث لا يعد مثلها زيادة فيها كلها امتنع في تلك القطعة دون غيرها. كذا في الرمز.

وفي السراجية: إذا وهب أرضاً فبنى الموهوب له فيها بناء بطل الرجوع، ولو زال البناء عاد في حق الرجوع انتهى.

وفي المنهاج: رجل وهب لرجل أرضاً بيضاء أنبت في ناحية منها نخلاً أو بنى بيتاً أو دكاناً أو دارياً: يعني معلفاً للدواب كان ذلك زيادة فيها وليس له أن يرجع في شيء منها اهـ. وفيها: أما إذا لم يعد زيادة أصلاً كبناء تنور الخبز في غير محله فإنه لا يمنع الرجوع اهـ معزياً للزيلعي. قوله: (وإلا) راجع لقوله: «إن عدا زيادة» فهو مفهومه، وقوله: «ولو عدا في قطعة» مفهوم قوله في كل الأرض. وفي الهندية عن الكافي: إن وهب لآخر أرضاً بيضاء فأنبت الموهوب له في ناحية منها نخلاً أو بنى بيتاً أو دكاناً وكان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع في شيء منها، فإن كان لا يعد زيادة أو يعد نقصاناً فإنه لا يمنع الرجوع، حتى لو بنى دكاناً صغيراً بحيث لا يعد زيادة أصلاً فلا عبرة به، وإن كان الأرض عظيمة لا يعد ذلك زيادة في الكل، إنما يعد زيادة في تلك القطعة فله أن يرجع في غيرها اهـ. قوله: (وسمن) قيده في الحواشي اليعقوبية بالمعتدل، وهو حسن.

وخياطة وصبغ وقصر ثوب وكبر صغير وسماع أصم وإبصار أعمى وإسلام عبد ومداواته وعفو جناية وتعليم قرآن أو كتابة أو قراءة ونقط مصحف،

قال المصنف في منحه: وكذا إذا غيره عن حاله بأن كان حنطة فطحنها أو دقيقاً فخبزه أو سويقاً فلته بسمن أو كان لبناً فاتخذه جبناً أو سمناً اهـ.

قال محشيه الخير الرملي: وفي الولوالجية: رجل وهب سويقاً فلته بالماء يرجع الواهب لأنه بقي الاسم وهذا نقصان، كمن وهب لرجل حنطة فبلها بالماء فرق بين هذا وبين ما إذا وهب تراباً فلته بالماء حيث لا يرجع، والفرق أن ها هنا اسم التراب لم يبق فلم يبق الموهوب اهـ.

أقول: وكذا لو وهب عنباً فصيره زبيباً لعدم بقاء الاسم. تأمل اهـ. قوله: **(وخياطة)** أما إذا قطعه فلا يمتنع الرجوع، ولو قطعه نصفين فخاط نصفه وبقي النصف الآخر له الرجوع في الآخر. قوله: **(وصبغ)** ولو بأسود لأنه ربما ينفق على السواد أكثر مما ينفق على صبغ آخر. قاضيخان.

أقول: ولون الأسود في زماننا من أحسن الألوان ويزداد به قيمة عن غيره من الألوان، وما نقل عن الإمام أنه مما ينقص الثمن فهو اختلاف زمان. قوله: **(وقصر ثوب)** لزيادة قيمة الموهوب بها. قال في الهندية: ولو وهب كرباساً فقصره الموهوب له لا يرجع لأنه زيادة متصلة وصفة متقومة، ولو غسله يرجع. كذا في محيط السرخسي. وإن فتله لا يرجع إذا كان يزيد بذلك في الثمن. كذا في الوجيز للكردري. قوله: **(وكبر صغير)** قد علمت أن فيه خلافاً، لكن مشى قاضيخان على عدم الرجوع ولم يتعرض للقول الآخر.

وعبارته: رجل وهب عبداً صغيراً فشب وصار رجلاً طويلاً لا يرجع الواهب فيه، لأن الزيادة في البدن تمنع الرجوع وإن كانت تنقص القيمة اهـ. وعلله أيضاً في الاختيار بأنه زاد في بدنه ثم انتقص بوجه آخر فلا يرجع. قوله: **(ومداواته)** أي من مرض كان عند الواهب، أما إذا مرض عند الموهوب له فداواه لا يمتنع الرجوع. هندية عن البحر. وكأنه أراد بالمداواة حصول أثرها وهو البرء، أما بدونه فلم تحصل الزيادة والبرء بدون المداواة زيادة، تأمل. قوله: **(وعفو جناية)** أي صدرت من العبد كما إذا كان العبد حلال الدم فعفا الولي عنه، وهو في يد الموهوب له لا يرجع، وإن كانت الجناية خطأ ففداه الموهوب له لا يمنع من الرجوع ولا يسترد منه الفداء كما في الزيلعي. ولو جنى العبد على الموهوب له فللواهب الرجوع والجناية باطلة. هندية عن محيط السرخسي. قوله: **(وتعليم قرآن أو كتابة الخ)** أو كانت أعجمية فعلمها الكلام أو شيئاً من الحروف لا يرجع لحدوث الزيادة في العين كما في البحر، ومثله في الهندية عن المضمرات بزيادة هو المختار.

قال في التاترخانية معزياً لواقعات الناطفي: رجل وهب لرجل جارية تعلمها القرآن

بإعرابه وحمل تمر من بغداد إلى بلخ مثلاً ونحوها. وفي البزازية: والحبل إن زاد خيراً

أو الكتابة أو المشط ليس له أن يرجع هو المختار اهـ: أي وإن كانت هذه الزيادة معنوية، لكن في الزيلعي والعيني ما يخالفه فليراجع، وما ذكر في منية المفتي نقلاً عن السراجية أن الإسلام والتعليم ليس بزيادة مانعة عن الرجوع فمحمول على مروي عن محمد، وإلا فيكون مخالفاً لما في المعتبرات. قوله: (بإعرابه) أي بيان إعرابه من رفع ونصب وخفض وجزم، هذا إذا كان على الصواب، أما لو كان خطأ فهو تنقيص فلا يمنع الرجوع وإنما امتنع الرجوع في هذه المسائل لحدوث الزيادة في العين عند أبي يوسف. قال الحموي: وهو المختار وعن محمد وزفر: لا يمنع الرجوع؛ لأن هذه ليست زيادة في العين فأشبهت الزيادة في السعر، وروي الخلاف بالعكس كما في الزيلعي، وعن أبي حنيفة روايتان كما في الشرنبلالية. قوله: (وحمل تمر من بغداد إلى بلخ مثلاً) فإن فيه زيادة القيمة بالنقل من مكان إلى مكان. بحر.

قال في الهندية معزياً إلى التبيين: ولو نقله من مكان إلى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج إلى مؤنة النقل ذكر في المنتقى أنه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ينقطع الرجوع اهـ. وفي ط: وانظر حكم ما إذا لم تزد وقد علم أن على كون زيادة السعر لا تمنع الرجوع إذا لم ينقل الهبة. قال الزيلعي: ولو نقله من مكان إلى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه إلى مؤنة النقل ذكر في المنتقى أن عندهما ينقطع الرجوع، وعند أبي يوسف لا؛ لأن الزيادة لم تحصل في العين فصار كزيادة السعر. ولهما أن الرجوع يتضمن إبطال حق الموهوب له في الكراء ومؤنة النقل، بخلاف نفقة العبد؛ لأنها بدل وهو المنفعة والمؤنة بلا بدل اهـ.

وفي شرح السير الكبير للسرخسي: أنه لو كانت الهبة في دار الحرب فأخرجها الموهوب له إلى موضع يقدر فيه على حملها لم يكن للواهب الرجوع لأنه حدث فيها زيادة بصنع الموهوب له، فإنها كانت مشرفة على الهلاك في مضيعة وقد أحياها بالإخراج من ذلك الموضع انتهى. لكنه ذكر ذلك في صورة ما إذا ألقى شيئاً وقال من ألقاه من أخذه فهو له ذكره في التاسع والتسعين. قوله: (ونحوها) أي المذكورات. وذكر في المنح مسائل من هذا الباب، منها: ما لو وهب له حلقة فركب فيها فصاً إن كان لا يمكن نزعه إلا بضرر لا يرجع، وإن أمكن نزعه بلا ضرر يرجع اهـ. والتطيين والتجصيص وتحديد السكين ونحوها زيادة تمنع الرجوع كما في الدر المنتقى. قوله: (وفي البزازية والحبل إن زاد خيراً منع وإن نقص لا) هذه الجملة موجودة في بعض النسخ دون بعض، وما في البزازية جزم به في الخلاصة، وقدمنا الكلام عليه عن الهندية لمناسبة ما إذا وهب حاملاً، قال فيها: وإن وهب جارية حاملاً فرجع قبل الوضع إن كان رجوعه قبل أن تمضي مدة يعلم

منع الرجوع، وإن نقص لا. ولو اختلفا في الزيادة ففي المتولدة ككبر القول للواهب وفي نحو بناء وخياطة وصبغ للموهوب له. خانية وحاوي. ومثله في المحيط لكنه استثنى ما لو كان لا يبنى في مثل تلك المدة.

فيها زيادة الحمل جاز، فلا اهـ. قوله: (ففي المتولدة ككبر) بأن قال الموهوب له وهبتها لي وهي صغيرة فكبرت عندي وقال الواهب وهبتها هكذا كبيرة. قوله: (القول للواهب) لأنه ينكر لزوم العقد. قوله: (وفي نحو بناء وخياطة) فقال الواهب وهبتها هكذا مبنية أو مخيطة وقال الموهوب له أحدثته. قوله: (لكنه استثنى الخ) هذا ظاهر لتيقن كذب الموهوب له من حيث إن العادة تحيل إحداث هذا البناء في مثل هذه المدة، والضمير في لكنه لصاحب المحيط.

وفي المحيط: لو قال رجل وهب لك مورثي هذا العبد فلم تقبضه في حياته بل بعد وفاته وقال الموهوب له قبضته في حياته والعبد في يد الوارث فالقول للوارث؛ لأن القبض قد علم الساعة والميراث قد تقدم القبض. بحر. ومقتضى التقييد بكون العبد في يد الوارث أنه لو كان في يد الموهوب له لا يكون القول للوارث بل للموهوب له.

قال في الهندية: رجل وهب داراً فبنى الموهوب له في بيت الضيافة تنوراً للخبز كان للواهب أن يرجع في هبته كذا في الظهيرية.

ولو وهب له حماماً فجعله مسكناً أو وهب له بيتاً فجعله حماماً: فإن كان البناء على حاله لم يزد فيه شيئاً فله أن يرجع، وإن كان زاد فيه بناء أو علق عليه باباً أو جصصه وأصلحه أو طينه فليس له أن يرجع في شيء فيه. كذا في المحيط. إن هدم البناء رجع في الأرض ولو استهلك البعض له أن يرجع في الباقي. كذا في الوجيز للكردري.

ولو كانت الزيادة بناء فانهدم يعود حق الرجوع. كذا في التاترخانية.

وهب عبداً فكاتبه فعجز ورده رقيقاً فله الرجوع.

ولو زالت الرقبة عن ملكه ثم عاد إليه بالفسخ فللواهب الرجوع.

ولو جنى العبد على الموهوب له فللواهب الرجوع والجناية باطلة. هكذا في محيط السرخسي.

رجل وهب شاة أو بدنة أو بقرة فأوجبها الموهوب له لأضحية أو هدي أو جزاء صيد أو نذر أو قلد البدنة أو البقرة أو أوجبها تطوعاً، فللواهب أن يرجع في الروايات الظاهرة، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يرجع. كذا في محيط السرخسي.

ولو وهب له شاة فذبحها فله أن يرجع فيها وهذا بلا خلاف، ولو ضحى بها أو ذبحها في هدي المتعة لم يكن له أن يرجع فيها في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى. وقال محمد رحمه الله تعالى: يرجع فيها وتجزئه الأضحية والمتعة، ولم ينص على قول أبي حنيفة

(ولا) يمنع الزيادة (المنفصلة) كولد وأرش وعقر وثمرة فيرجع في الأصل لا الزيادة، لكن لا يرجع بالأم حتى يستغني الولد عنها. كذا نقله القهستاني. لكن نقل البرجندي وغيره أنه قول أبي يوسف فليتنبه له. ولو حبلت ولم تلد هل للواهب الرجوع؟ قال في السراج: لا، وقال الزيلعي: نعم. وفي الجوهرة:

رحمه الله تعالى. واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه. قال بعضهم: إنه كقول محمد رحمه الله تعالى وهو الصحيح، كذا في المحيط.

ولو وهب درهماً ثم استقرضه من الموهوب له فأقرضه إياه جاز وليس للواهب أن يرجع أبداً. كذا في خزانة المفتين.

رجل وضع حبلاً في المسجد أو علق قنديلاً له الرجوع بخلاف ما إذا علق حبلاً للقناديل. كذا في السراجية. قوله: (لا يمنع الزيادة المنفصلة) فإن قيل: ما الفرق بين الرد بالعيب والرجوع بالهبة حتى منعت الزيادة المنفصلة الرد لا الرجوع، والمتصلة بالعكس. قلنا: هو إنه لا يجوز رد العين فقط لسلامة الزيادة للمشتري مجاناً وهو ربا ولا مع الزيادة قصداً لعدم ورود العقد عليها، والفسخ يرد على مورد العقد لا تبعاً، إذ الولد لا يتبع الأم بعد الانفصال، بخلاف الهبة لعدم الربا فيها والرد في المتصلة حصل عن حصلت الزيادة على ملكه فكان إسقاط حقه برضاه فلا يمنعه الزيادة، بخلاف الرجوع لعدم حصوله برضاه ذلك فمنعه. يعقوبية. قوله: (كولد) بنكاح أو سفاح بزازية. قوله: (وأرش) أي أرش جناية على العبد كما إذا قطعت يده وأخذ الموهوب له أرشه كان للواهب أن يرجع ولا يأخذ الأرش. هندية. قوله: (حتى يستغني الولد عنها) ولم يعتبر ذلك في الثمرة لأنه يجوز بيعها بدا صلاحها أو لا فكذا هنا يأخذها الموهوب له، فتأمل. قوله: (لكن نقل البرجندي الخ) يعني وعنده غير يرجع بها دون الولد وإن لم يستغن، وحينئذ ينبغي أن تجبر على حضانته بأجر المثل، فليراجع. قوله: (أنه قول أبي يوسف) قال في الهندية: قال بشر: قلت وإن اختصموا في الرجوع والولد صغير ثم أدرك الصغير وقد كان القاضي أبطل الرجوع في الأم قال له الرجوع فيها اهـ. فأفادت أن القاضي يبطل الرجوع قبل كبر الولد. وهل على قوله يلزم الموهوب له الأجر مدة الرضاع؟ ومقتضى القواعد أن ينظر إلى الولد، تارة يقبل غير أمه وتارة لا، فإن لم يقبل إلا إياها أمسكها للرضاع ولا أجر وامتنع أخذها، وإن قبل غيرها لا تمنع إلا برضا الواهب وله الأجر، ويحرر ط. ثم إن ظاهر الخانية اعتماد خلاف قول أبي يوسف حيث قال: ولو ولدت الهبة ولداً كان للواهب أن يرجع في الأم في الحال. وقال أبو يوسف: لا يرجع حتى يستغني الولد عنها ثم يرجع في الأم دون الولد اهـ. قوله: (قال في السراج لا، وقال الزيلعي نعم) تقدم التوفيق من أن الحبل عيب في الآدمية لا في البهيمة، وتقدم عن الهندية من أن الجواري تختلف، فمنهن

مريض مديون بمستغرق وهب أمة فمات وقد وطئت ردها مع عقرها هو

من تسمن به ويحسن لونها فيكون زيادة تمنع الرجوع، ومنهن بالعكس فيكون نقصاناً لا يمنع الرجوع اهـ. ويؤيد هذا التوفيق ما قدمناه أيضاً، من أن الحبل إن زاد خيراً منع الرجوع، وإن نقص لا، فإذا كانت الموهوبة أمة وحبلت عند الموهوب له ونقصت بذلك كان للواهب الرجوع ولا يمنعها حملها، بل إذا ولدت بعد الرجوع يسترده الموهوب له لكونه حدث على ملكه، كما قالوا فيما لو بنى في الدار الموهوبة بناء منقصاً كبناء تنور في بيت السكنى، فإنه لا يمنع الرجوع كما في الخانية وللموهوب له أخذه، فقد سقط ما قيل إن ما ذكره الشارح لا يوافق القولين، فافهم. ثم لا يخفى أن هذا في الحبل العارض. أما لو وهبها حبلى ورجع بها كذلك صح، وليس الكلام فيه خلافاً لما فهمه الحموي. ويبقى ما لو كان الحبل من الموهوب له فقد قدمنا عن الشيخ أبي السعود بحثاً بأنه مانع من الرجوع. قوله: (مريض) قال في المحيط: يجب أن يعلم أن هبة المريض هبة عقد وليست بوصية، واعتبارها من الثلث ما كان، لأنها وصية، ولكن لأن حق الورثة يتعلق بالمريض، وقد تبرع بالهبة فيلزم تبرعه بقدر ما جعل الشرع له وهو الثلث. وإذا كان هذا التصرف هبة عقد اشترط له سائر شرائط الهبة، ومن جملتها قبض الموهوب قبل موت الواهب اهـ. قوله: (وقد وطئت) أطلق في وطئها فعم ما لو كان الواطىء الموهوب له أو غيره. قوله: (ردها مع عقرها) لتعلق حق الغرماء بها إذ الدين يتعلق بذمة المديون، فإذا مرض مرض الموت تعلق بتركته، وكانت هبته حينئذ وصية لا تنفذ مع استغراق التركة بالدين فلذا يلزمه عقرها، لأنه لم يملكها قبل الموت حيث كانت وصية ولا بعد الموت لتعلق حق الغرماء، ولم يجب الحد للشبهة فوجب العقر، فلو حملت من ذلك الوطء يراجع حكمه.

فروع: وهب في مرضه ولم يسلم حتى مات بطلت الهبة لأنه وإن كان وصية حتى اعتبر فيه الثلث فهو هبة حقيقة فيحتاج إلى القبض.

وهب لمريض عبداً لا مال له غيره ثم مات، وقد باعه الموهوب له لا ينقض البيع ويضمن ثلثيه، وإن أعتقه الموهوب له والواهب مديون ولا مال له غيره قبل موته جاز، وبعد موت الواهب لا، لأن الإعتاق في المرض وصية وهي لا تعمل حال قيام الدين، وإن أعتقه الواهب قبل موته ومات لا سعاية على العبد لجواز الإعتاق ولعدم الملك يوم الموت. بزازية.

ورأيت في مجموعة منلا علي الصغير بخطه عن جواهر الفتاوى: كان أبو حنيفة حاجاً فوقعت مسألة الدور بالكوفة فتكلم كل فريق بنوع فذكروا له ذلك حيث استقبلوه فقال من غير فكر ولا روية أسقطوا السهم الدائر تصح المسألة.

المختار. (والميم موت أحد العاقدين) بعد التسليم، فلو قبله بطل، ولو اختلفا والعين في يد الوارث، فالقول للوارث.

مثاله: مريض وهب عبداً له من مريض وسلمه إليه ثم وهبه من الواهب الأول وسلمه إليه ثم ماتا جميعاً ولا مال لهما غيره فإنه وقع فيه الدور متى رجع إليه شيء منه زاد في ماله، وإذا زاد في ماله زاد في ثلثه، وإذا زاد في ثلثه زاد فيما يرجع إليه، وإذا زاد فيما يرجع إليه زاد في ثلثه، ثم لا يزال كذلك فاحتيج إلى تصحيح الحساب.

وطريقه: أن تطلب حساباً له ثلث ولثلثه ثلث، وأقله تسعة، ثم تقول: صححت الهبة في ثلاثة منها ويرجع من الثلاثة سهم إلى الواهب الأول، فهذا السهم هو سهم الدور فأسقطه من الأصل يبقى ثمانية فمنه تصح، وهذا معنى قول أبي حنيفة: أسقطوا السهم الدائر، وتصح الهبة في ثلاثة من ثمانية والهبة الثانية في سهم، فيحصل للواهب الأول ستة ضعف ما صححت في هبته، وصححنا الهبة الثانية في ثلث ما أعطينا، فثبت أن تصحيحه بإسقاط سهم الدور، وقيل دع الدور يدور في الهواء اهـ ملخصاً. قوله: (والميم موت أحد العاقدين) يعني حرف الميم إشارة إلى أن موت أحدهما مانع إن كان بعد التسليم، لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته فصار كما إذا انتقل حال حياته، ولأن تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى، وإذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد إذ هو ما أوجبه وحق الرجوع مجرد خيار فلا يورث كخيار الشرط، ولأن الشارع أوجبه للواهب والوارث ليس بواهب. فإن قلت: إنه بالموت قد خرج الموهوب عن الملك فيستغني بذكر الخاء عن الميم. أجيب بأن الميت يعطى حكم الحي في أشياء كحق التجهيز والتكفين وقضاء الدين، وتنفيذ الوصية فربما يظن أن الهبة من تلك الأشياء فكان النص صريحاً على الموت أولى، ولينظر ما لو حكم بلحاقه مرتداً، ومفاد ما ذكر من التعليل أنه لو حكم بلحاقه مرتداً فالحكم كذلك وليراجع صريح النقل، والله تعالى أعلم. قوله: (بعد التسليم) قيد به لأنه لو مات أحدهما قبله بطلت لعدم الملك، ورجوع المستأمن إلى دار الحرب بعد الهبة قبل القبض مبطل لها كالموت، فإن كان الحربي أذن للمسلم في قبضه وقبضه بعد رجوعه إلى دار الحرب جاز استحساناً، بخلاف قبضه بعد موت الواهب كذا في المبسوط. بحر. قوله: (بطل) يعني عقد الهبة والأولى بطلت: أي لانتقال الملك للوارث قبل تمام الهبة. قوله: (ولو اختلفا) أي الشخصان لا بقيد الواهب والموهوب له، وإن كان التركيب يوهمه بأن قال وارث الواهب ما قبضته في حياته وإنما قبضته بعد وفاته وقال الموهوب له بل قبضته في حياته والعبد في يد الوارث ط. قوله: (والعين في يد الوارث) هذا ليس بقيد لما في الهندية عن الذخيرة: قال المدعى عليه: وهبت لك والدي هذا العين فلم تقبضه إلا بعد موته، وقال الموهوب له: قبضته في حياته والعين في يد الذي

وقد نظم المصنف ما يسقط بالموت فقال: [الطويل]

وكفارةٌ ديه خراجٌ ورابعٌ ... ضمانٌ لعتقٍ هكذا نفقاتُ

يسمى الهبة فالقول للوارث، لأن القبض قد علم الساعة والميراث قد تقدم القبض اهـ. منح وبحر. وفيه تأمل ط. وقدمناه قريباً ولم يظهر لي وجه التأمل. قوله: (وقد نظم المصنف الخ) لم يذكره في المنح.

قال الحلبي: وهو من الطويل من الضرب الثالث منه، والجزء الأول فيه انثلم، والجزء الثاني مقبوض مع تسكين هاء ديه، ولو زاد واواً وسكن الياء من ديه لسلم من الثلم ط. ولو زاد الواو[1] في أوله وشدد الياء مع سكون الهاء في ديه لكان أولى، وفيه ما فيه لأن الواو يجوز حذفها، ولو قال

خراجٌ دياتٌ ثمّ كفارةٌ كذا ... لاستقام وزنه وصح معناه،

أو قال: زكاة كذا عشر خراج ورابع ... لاستقام أيضاً.

قوله: (كفارة) أطلق فيها فعم كل كفارة وظاهره أنها تسقط بالموت أصلاً حتى لا يخرج عنه من ماله، ولا تجب الوصية به، وهذا خلاف ما نص عليه الشرنبلالي، فإنه قال في نور الإيضاح وشرحه الصغير في أحكام إسقاط الصلاة. ويلزمه عليه الوصية بما قدر عليه وبقي في ذمته حتى أدركه الموت من صوم فرض وكفارة وظهار وجناية على إحرام ومنذور فيخرج عنه وليه من ثلث ما ترك، وإن لم يوص لا يلزم الوارث الإخراج، ومثل هذا دين صدقة الفطر أو النفقة الواجبة والخراج والجزية والكفارات المالية والوصية بالحج والصدقة المنذورة والاعتكاف المنذور عن صومه اهـ مختصراً. فإن أراد أنه إذا مات لا يطالب الوارث بها من تركته صح، أما الذي وجبت بإيصائه فيطالب بإخراجها شرعاً ط.

وفي شرح السراجية: وإن كان الدين من حقوق الله تعالى كالزكاة والصلاة والصوم وحجة الإسلام والنذر والكفارة، فإن أوصى به الميت وجب عندنا تنفيذه من ثلث ماله الباقي بعد دين العباد، وإن لم يوص لم يجب اهـ. وعليه فمعنى سقوطها بالموت عدم وجوب إخراجها من التركة بلا وصية، أما إذا أوصى بها فيطالب بإخراجها شرعاً. قوله: (ديه) أي على العاقلة أو على نفس القاتل إن لم يكن له عاقلة هكذا يفيد إطلاقه ط. قوله: (خراج) يعم خراج الرأس والأرض، وقد علمت من نقل الشرنبلالي أنه يوصي بهما ويخرجان من الثلث.

قال المصنف في باب العشر: من عليه عشر أو خراج إذا مات أخذ من تركته، وفي رواية لا بل يسقط بالموت. والأول ظاهر الرواية. قوله: (ضمان لعتق) أي إذا أعتق أحد الشريكين حظه من عبد موسراً فضمنه شريكه فمات المعتق سقط بموته. قوله: (هكذا

---

(1) في ط (قوله ولو زاد الواو الخ).

كَذَا هِبَةٌ حُكْمُ الْجَمِيعِ سُقُوطُهَا بِمَوْتٍ لِمَا أَنَّ الْجَمِيعَ صِلَاتُ

(والعين العوض) بشرط أن يذكر لفظاً يعلم الواهب أنه عوض كل هبته (فإن قال خذه عوض هبتك أو بدلها) أو في مقابلتها ونحو ذلك (فقبضه الواهب

نفقات) أي غير المستدانة بأمر القاضي. وفي حاشية أبي السعود. المراد من النفقة التي تسقط غير المستدانة بأمر القاضي، أما هي فقد جزم في الظهيرية بعدم السقوط، وصححه في الذخيرة ونسبه إلى كافي الحاكم، وعلله بأن للقاضي ولاية عامة فكانت استدانتها بأمره بمنزلة استدانة الزوج بنفسه، ولو استدان بنفسه لا يسقط ذلك الدين بموت أحدهما، فكذا هنا. وقد تقدم في النفقات الكلام على هذا مستوفى، وكذا في رسالة سيدي الوالد رحمه الله تحرير النقود في نفقات الفروع والأصول فارجع إليها فإنها فريدة في بابها ولم يسبق[1] على منوالها. قوله: (كذا هبة) يعني إذا وهب ولم يسلم حتى مات فإنها تبطل. قوله: (لما أن الجميع صلات) أي أو في حكمها كالخراج وقد علمت أنه ليس محصوراً فيما ذكره من الخمسة كما علمت مما مر فتأمل، ولأن الصلات لا تتم إلا بالتسليم، وإذا مات قبل التسليم تسقط.

فإن قيل: لو كانت النفقة صلة كيف يجبر الزوج على التسليم.

قلنا: يجوز أن يجبر، ألا ترى أن من أوصى أو يوهب عبده من فلان بعد موته فمات الموصي فإن الورثة يجبرون على تنفيذ الوصية في العبد وإن كان صلة، ولو مات العبد تبطل الوصية، وكذا الشفيع يستحق على المشتري تسليم الدار إليه بالشفعة والشفعة صلة شرعية، ولو مات الشفيع بطلت الشفعة كما في شرح أدب القضاء. قوله: (بشرط أن يذكر لفظاً الخ) لأن حق الرجوع ثابت له ولا يسقط إلا بعوض يرضى به، ولا يتم ذلك بدون رضاه. وفي الجوهرة ما يفيد أنه يكفي العلم بأنه عوض هبته ط.

قال في الخانية: وهب لرجل عبداً بشرط أن يعوضه ثوباً إن تقابضا جاز، وإلا لا اهـ. قوله: (خذه عوض هبتك) أفاد أنه لو وهب له شيئاً أو تصدق عليه ولم يذكر أنه عوض لا يسقط الرجوع بل لكل منهما أن يرجع في هبته. كذا في البحر. لكن يؤيده كلام الجوهرة المذكور ما يأتي عن اليعقوبية الآتي قريباً، فتأمل.

وفي أبي السعود بعد أن ذكر ما نقلناه عن البحر وهو صريح في عدم الفرق بين الهبة والصدقة فيخالف ما قدمناه من أنه إذا كان الموهوب له فقيراً ليس له الرجوع لأنها صدقة، اللهم إلا أن يحمل ما هنا على أن المتصدق عليه غني فتزول المخالفة لأنها حينئذ تكون مجازاً عن الهبة. قوله: (ونحو ذلك) أي من كل لفظ يفيد التعويض. وفي الخانية:

---

(١) في ط (قوله ولم يسبق) كذا بالأصل، ولعله لم ينسج).

سقط الرجوع) ولو لم يذكر أنه عوض رجع كل بهبته، **(و) لذا (يشترط فيه شرائط الهبة)** كقبض وإفراز وعدم شيوع، **ولو العوض مجانساً أو يسيراً**. وفي بعض نسخ المتن بدل الهبة: العقد.

إذا عوض بعد الهبة وقال هذا ثواب هبتك أو مكافأتها أو كافأتك أو أثبتك أو تصدقت بها عليك بدلاً عن هبتك لا يبقى للواهب الرجوع. قوله: (سقط الرجوع) أي رجوع الواهب والمعوض كما في الأنقروي، وإليه يشير مفهوم الشارح. قوله: (ولو لم يذكر أنه عوض) أي فيكون هبة مبتدأة كما في الزيلعي. قوله: (رجع كل بهبته) برفع كل منوناً عوضاً عن المضاف إليه، لأن التمليك المطلق يحتمل الابتداء ويحتمل المجازاة، فلا يبطل حق الرجوع بالشك مستصفى، لكن قد يقال: إن الأصل أن المعروف كالمشروط كما صرح به في الكافي، وفي العرف يقصد التعويض ولا يذكر خذ بدل هبتك ونحوه استحياء، فينبغي أن لا يرجع، وإن لم يذكر البدلية.

وفي الخانية: بعث إلى امرأته هدايا وعوضت المرأة وزفت إليه ثم فارقها فادعى الزوج أن ما بعثه عارية وأراد أن يسترد وأرادت المرأة أن تسترد العوض فالقول للزوج في متاعه لأنه أنكر التمليك، وللمرأة أن تسترد ما بعثته إذ تزعم أنه عوض للهبة، فإذا لم يكن ذلك هبة لم يكن هذا عوضاً فلكل منهما استرداد متاعه.

وقال أبو بكر الإسكاف: إن صرحت حين بعثت أنه عوض فكذلك، وإن لم تصرح به ولكن نوت أن يكون عوضاً كان ذلك هبة منها وبطلت نيتها، ولا يخفى أنه على هذا ينبغي أن يكون في مسألتنا اختلاف. يعقوبية. قوله: (ولذا الخ) قال ط: الأولى حذف لذا لأنه جعله مرتبطاً بما زاده، وإبقاء المصنف على ظاهره لأنه يفيد حكم ما ذكره الشارح بالأولى اهـ. نعم هو تعليل لما يفهم من قوله «رجع كل بهبته» فإنه حيث سمى العوض هبة لأنه تمليك جديد، وإن سمي عوضاً شرط له ما يشترط للهبة. قوله: (وإفراز) عن مال المعوض فإنه إن عوضه ثمراً على شجر لا يتم حتى يفرزه.

وفي الهندية: إن العوض المتأخر حكمه حكم الهبة يصح بما تصح به ويبطل بما تبطل به إلا في إسقاط الرجوع على معنى أنه يثبت حق الرجوع في الأول ولا يثبت في الثانية اهـ. وهذا يدل على أن العوض لا يشترط في عقد الهبة ط. قوله: (ولو العوض مجانساً) أي من جنس الهبة ويسيراً: أي أقل منها، وذلك لأن العوض ليس ببدل حقيقة، إذ لو كان كذلك لما جاز بالأقل للربا، يحقق ذلك أن الموهوب له مالك للهبة والإنسان لا يعطي بدل ملكه لغيره، وإنما عوضه ليسقط حقه في الرجوع، وأيضاً فإنه لما كان العوض تمليكاً جديداً، وفيه معنى الهبة المبتدأة ولذا شرط فيه شرائطها فيجوز بأقل من الموهوب، ولو من جنسه لا فرق بين الأموال الربوية وغيرها، ولو كان عوضاً من كل وجه لامتنع

وهو تحريف (ولا يجوز للأب أن يعوّض عما وهب للصغير من ماله) ولو وهب العبد التاجر ثم عوض فلكل منهما الرجوع. بحر. (ولا يصح تعويض مسلم من نصراني من هبته خمراً أو خنزيراً) إذ لا يصح تمليكاً من المسلم. بحر (ويشترط أن لا

في الأموال الربوية إلا مثلاً بمثل يداً بيد عند اتحاد الجنس. قوله: (وهو تحريف) لكن قد يقال على هذه النسخة إنه أراد بالعقد عقد الهبة، فأل للعهد الخضوري ويراد به المعقود عليه.

والحاصل: أنه لا ملجيء إلى الحكم عليه بالتحريف مع إمكان صحته، إذ الأصل في اللام أن تكون للعهد والعقد المعهود هو الذي بوّب له، وهو عقد الهبة فكان معنى النسختين معتمداً. تأمل. قوله: (ولا يجوز للأب الخ) لأنه تبرع ابتداء وليس له أن يتبرع من مال الابن، فإن عوض فللواهب أن يرجع في هبته لبطلان التعويض بزازية، وهذه العلة تفيد أن الأب يرجع بما عوض؛ لأنه هبة من كل وجه فصح الرجوع به، والظاهر عدم كراهة الرجوع فيه لأنه لم يتبرع فيه ابتداء، بل تقصد التعويض ولم يتم له، فكان كما لو استحق الموهوب فإنه يرجع بالعوض، فكذا هنا، ولا يجوز له التعويض، وإن كانت الهبة للصغير بشرط التعويض كما في الهندية. وهما يتفرع على كون العوض بمعنى الهبة أنه لا يجوز لأنها تبرع، وليس للأب أن يتبرع بمال ابنه وله مندوحة عن رجوع الواهب في الهبة مع أن المسلم له مانع من دينه أن يرتكب المكروه، ومع ذلك لو باع العين الموهوبة للصغير امتنع الرجوع، وله ذلك في المنقول، فإن جاز له ذلك في العقار للضرورة تزاد على المسائل التي يباع فيها عقار الصغير. قوله: (من ماله) الضمير يرجع لأقرب مذكور، لا سيما وقد علم من صريح عبارة البزازية، ولو كان العوض من مال الأب صح كما مر، وسيأتي من صحة التعويض من الأجنبي. قوله: (ولو وهب العبد) أي وهب له شخص، ووهب بضم الواو مبني للمجهول: أي وهب له شخص شيئاً. قوله: (ثم عوض) أي عوض العبد عن هبته. قوله: (فلكل منهما الرجوع) وجهه في العبد ظاهر لأن الهبة تبرع وهو ليس من أهله، فإذا ملك العبد الرجوع لبطلان الهبة فكذا للموجب له الرجوع بالعوض، لأن التعويض مبني على الهبة وقد بطلت: أبو السعود. ويحتمل أن وهب مبني للفاعل وعوض مبني للمفعول.

قال في الخانية: العبد المأذون إذا وهب لرجل فعوضه الموهوب له كان لكل واحد منهما أن يرجع فيما دفع؛ لأن هبة العبد باطلة مأذوناً كان أو محجوراً، وإذا بطلت الهبة بطل التعويض. قوله: (من نصراني) من هنا بمعنى اللام. قوله: (خمراً) مفعول تعويض ومفعول هبة محذوف وهو من إضافة المصدر لفاعله، والمعنى: لا يجوز أن يعوض المسلم خمراً أو خنزيراً إذا وهب له النصراني شيئاً؛ لأنا نهينا عن تمليك الخمر والخنزير وتملكهما،

يكون العوض بعض الموهوب، فلو عوضه البعض عن الباقي) لا يصح (فله الرجوع في الباقي) ولو الموهوب شيئين فعوضه أحدهما عن الآخر إن كانا في عقدين صح، وإلا لا لأن اختلاف العقد كاختلاف العين والدراهم تتعين في هبة ورجوع. مجتبى (ودقيق الحنطة يصلح عوضاً عنها) لحدوثه بالطحن وكذا لو صبغ بعض الثياب أو لت بعض السويق ثم عوضه صح. خانية (ولو عوضه ولد إحدى جاريتين موهوبتين وجد) ذلك الولد (بعد الهبة امتنع الرجوع وصح) العوض (من

فللذمي أن يرجع في هبته. قال الطحطاوي: والظاهر أنه لو كانت المسألة بالعكس يكون الحكم كذلك، وبحرر.

قال في الهندية: وأهل الذمة في الهبة بمنزلة المسلمين لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات إلا أنه لا تجوز المعارضة بالخمر من الهبة فيما بين المسلم والذمي، سواء كان المسلم هو العوض الخمر أو الذمي، ثم ذكر ذمي وهب لمسلم شيئاً فعوضه خمراً له الرجوع في هبته اهـ. قوله: (بعض الموهوب) قال في العناية: مثل أن يكون الموهوب داراً والعوض بيت منها أو الموهوب ألفاً والعوض درهم منها فإنه لا ينقطع به حق الرجوع، لأنا نعلم بيقين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به، خلافاً لزفر فإنه قال: التحق بذلك سائر أمواله والقليل من ماله ينقطع الرجوع، فكذا هذا. وتمامه فيها. قوله: (فله الرجوع في الباقي) لأن حقه كان ثابتاً في الكل فإذا وصل إليه بعضه لا يسقط حقه في الباقي. زيلعي. قوله: (صح) سواء كانا في مجلس أو مجلسين. بحر. قوله: (وإلا لا) هي مسألة المصنف. قوله: (في هبة) يعني إذا اوهبه دراهم تعينت فلو أبدلها بغيرها كان إعراضاً منه عنها. فلو أتى بغيرها ودفعه له فهو هبة مبتدأة وإذا قبضها الموهوب له وأبدلها بجنسها أو بغير جنسها لا رجوع عليه، ومثل الدراهم والدنانير ط. قوله: (ورجوع) أي ليس له أن يرجع إلا إذا كانت دراهم الهبة قائمة بعينها: فلو أنفقها كان إهلاكاً يمنع الرجوع ط. قوله: (لحدوثه بالطحن) أي فهو غير الحنطة، فلا يقال إنه عين الموهوب أو بعضه، ولهذا لو وهب الدقيق في الحنطة ثم طحنه وسلمه لم يصح، لأنه لما وهبه كان معدوماً حين الهبة كما قدمنا. قوله: (وكذا لو صبغ) لأن الشيء مع غيره غيره مع نفسه، فالثوب المصبوغ والسويق الملتوت بالسمن غيرهما خاليين عن الصبغ والملت، ولأن ما في الثوب من الصبغ وما في السويق من السمن ونحوه يصلح عوضاً. قوله: (ثم عوضه) أي البعض: أي جعله عوضاً عن الهبة صح لحصول الزيادة فيه فكأنه شيء آخر. قوله: (امتنع الرجوع) لأنه ليس له الرجوع في الولد فصح العوض اهـ. منح. والظاهر أن ذكر الجاريتين اتفاقي، والأولى للمصنف التعبير بإحدى، وهو كذلك في بعض النسخ ط. قوله: (وصح العوض من أجنبي) أي دفعه لأن

أجنبي، ويسقط حق الواهب في الرجوع إذا قبضه) كبدل الخلع (ولو) التعويض (بغير إذن الموهوب له) ولا رجوع ولو بأمره إلا إذا قال عوض عني على أني ضامن لعدم وجوب التعويض بخلاف قضاء الدين (و) الأصل أن (كل ما يطالب به الإنسان بالحبس والملازمة يكون الأمر بأدائه مثبتاً للرجوع من غير اشتراط الضمان، وما لا فلا) إلا إذا شرط الضمان. ظهيرية. وحينئذ (فلو أمر المديون رجلاً بقضاء دينه رجع عليه) وإن لم يضمن لوجوبه عليه لكن يخرج عن الأصل ما لو قال أنفق على بناء داري أو قال الأسير اشترني فإنه يرجع فيها بلا شرط رجوع كفالة. خانية.

الموهوب له لا يحصل له بهذا العوض شيء لم يكن سالماً له من قبل، فيصح من الأجنبي كما يصح منه الخلع، والصلح عن دم العمد اهـ. زيلعي. قوله: (كبدل الخلع) أي كما يصح عن بدل الخلع من أجنبي، وكان الأولى تقديمه على قوله ويسقط كما فعل العيني. قوله: (ولا رجوع) أي للمعوض على الموهوب له، ولو كان شريكه سواء كان بإذنه أو لا، لأن التعويض ليس بواجب عليه، فصار كما لو أمره أن يتبرع الإنسان، إلا إذا قال على أني ضامن، بخلاف المديون إذا أمر رجلاً بأن يقضي دينه حيث يرجع عليه، وإن لم يضمن لأن الدين واجب عليه. منح. قوله: (ولو بأمره) يعني لا رجوع للأجنبي على الموهوب له، ولو كان بأمره. قوله: (لعدم وجوب التعويض) علة لقوله «ولا رجوع» ولو بأمره. قوله: (بخلاف قضاء الدين) أي حيث يرجع الأجنبي على المدين إذا قضى بأمره: أي ولو لم يقل إني ضامن لأن الدين ثابت في ذمته، وقد أمره أن يسقط مطالبته عنه فيكون أمراً بأن يملكه ما كان للطالب، وهو الدين فصار كما لو أمره أن يملكه عيناً. ذكره الزيلعي. قال الإتقاني: والفقه فيه أنه لما أمره بقضاء الدين صار مستقرضاً منه ذلك القدر وموكلاً إياه بالصرف إلى غيره، لأنا لو لم نجعله كذلك لا يتصور فراغ ذمته عما عليه، لأن الذمة لا تفرغ إلا بالقضاء، ولا يقع الفعل قضاء إلا إذا انتقل في المؤدي إلى من عليه الدين أو لا، حتى إذا قبض رب الدين وجب للمديون مثل ما عليه فيلتقيان قصاصاً، وهذا لا يحتاج إليه في الهبة؛ لأنه لا دين على الموهوب له حتى يحتاج إلى فراغ ذمته بتقدير الاستقراض فافترقا من هذا الوجه اهـ. شلبي. قوله: (ما يطالب به الإنسان) دخل فيه النفقة على الزوجة والأولاد. قوله: (بالحبس والملازمة) خرج بذلك الأمر بالتكفير عنه وأداء النذر، فإنه وإن كان يطالب بهما لكن لا بالحبس والملازمة، فليتأمل. قوله: (لكن) استدراك على قوله «وما لا فلا». قوله: (بلا شرط رجوع) كأنه لأن العرف قاض بضمان ما يدفع في ذلك، وقد ذكر هذا البحث المصنف وشيخه في بحره. وأشار بقوله «فتأمل» إلى نظر في وجه الاستثناء، لكن قد يقال: إن فداء الأسير والإنفاق على بناء الدار ملحقان بمال له مطالب يحبس به، ويلازم عليه، أما الأسير إذا لم يفد فهو كالرقيق

تحت أيدي المشركين بل أعظم بلاء، وربما يتعرضون لفتنته عن دينه ولا يقدر أن يتخلص إلا بالفداء فالحق بمال له مطالب، وأما بناء الدار فإنه من جملة الحوائج الأصلية، لأن عدم مكان يأوي إليه ويستر فيه أهله ويحفظ فيه ماله يؤدي إلى هلاكه فكان لا بد له منه فالحق بماله مطالب أيضاً، نظيره ما قالوا في الكفالة بالنوائب فهي صحيحة، وإن كانت تؤخذ منه بغير حق لأنها تؤخذ منه فوق أخذ الحق فجازت الكفالة بها لدفع التضييق عليه، فتأمل.

أقول: وقد ذكر الشارح قبل كفالة الرجلين أصلين آخرين: أحدهما من قام عن غيره بواجب بأمره رجع بما دفع، وإن لم يشترطه كالآمر بالإنفاق عليه وبقضاء دينه إلا في مسائل أمره بتعويض عن هبته وبإطعام عن كفارته وبأداء عن زكاة ماله وبأن يهب فلاناً عني ألفاً ثانيهما في كل موضع يملك المدفوع إليه المال مقابلاً بملك مال، فإن المأمور يرجع بلا شرط، وإلا فلا فالمشتري أو الغاصب إذا أمر رجلاً بأن يدفع الثمن أو بدل الغصب إلى البائع أو المالك كان للدافع إليه مالكاً للمدفوع بمقابلة مال هو المبيع أو المغصوب، وظاهره أن الهبة لو كانت بشرط العوض فأمره بالتعويض عنها يرجع بلا شرط لوجود الملك بمقابلة مال، بخلاف ما لو أمره بالإطعام عن كفارته أو بالإحجاج عنه ونحوه فإنه ليس بمقابلة مال، فلا رجوع للمأمور على الآمر إلا بشرط الرجوع، ويرد عليه الأمر بالإنفاق عليه، فإنه تقدم أنه يرجع بلا شرط مع أنه ليس بمقابلة مال، فلا رجوع للمأمور على الآمر إلا بشرط الرجوع، وكذا الأمر بأداء النوائب وبتخليص الأسير على ما مر.

قال في النوازل: قوم وقعت لهم مصادرة فأمروا رجلاً أن يستقرض لهم مالاً ينفقه في هذه المؤنات ففعل فالقرض يرجع على المستقرض، والمستقرض هل يرجع على الآمر إن شرط الرجوع؟ يرجع، وبدون الشرط لا يرجع، والمختار أنه يرجع. تاترخانية في كتاب الوصايا.

وفي مجموعة النقيب عن المصابة: أن المأمور بالإنفاق من مال نفسه في حاجة الآمر، قال بعضهم: يرجب الرجوع إذا اشترطه، وقال بعضهم: يرجب الرجوع من غير اشتراطه وهو الأصح.

ولو قال عوض عن هبتي أو أطعم عن كفارتي أو أد زكاة مالي أو وهب فلاناً عني ألفاً لا يرجع بلا شرط الرجوع كما في البزازية.

وذكر في السراج الوهاج ضابطاً آخر: أن الواجب الذي سقط عن الآمر بدفع المأمور إن كان من أحكام الآخرة فقط لم يرجع بلا شرط الرجوع؛ لأنه لو رجع بأكثر مما

أسقطه، وإن كان من أحكام الدنيا رجع بلا شرط اهـ. وقيد هذا في الخلاصة بما إذا قال ادفع مقدار كذا إلى فلان عني، فلو لم يقل عني أو لأنه فإني ضامن فدفع المأمور إن كان شريك الآمر أو خليطه وتفسيره بأن يكون بينهما في السوق أخذ وعطاء ومواضعة، فإنه يرجع على الآمر بالإجماع، وكذا لو كان الآمر في عيال المأمور أو المأمور في عيال الآمر، وإن لم يوجد واحد من هذه الثلاثة فلا رجوع عليه، وعند أبي يوسف يرجع، وهذا إذا لم يقل اقض عني، فإن قال: ثبت له حق الرجوع بالإجماع من مجموعة النقيب:

قال في الخانية: ذكر في الأصل إذا أمر صيرفياً في المصارفة أن يعطي رجلاً ألف درهم قضاء عنه أو لم يقل قضاء عنه ففعل المأمور فإنه يرجع على الآمر في قول أبي حنيفة، فإن لم يكن صيرفياً لا يرجع، إلا أن يقول عني، ولو أمره بشرائه أو بدفع الفداء يرجع عليه استحساناً، وإن لم يقل على أن ترجع علي بذلك، وكذا لو قال: أنفق من مالك على عيالي أو في بناء داري يرجع بما أنفق، وكذا لو قال اقض ديني يرجع على كل حال، ولو قضى نائبة غيره بأمره رجع عليه، وإن لم يشترط الرجوع هو الصحيح اهـ.

والحاصل: أنه إذا قال اقض ديني أو نائبتي أو اكفل لفلان بألف علي أو انقده بألف عني أو اقض ماله علي أو أنفق على عيالي أو في بناء داري يرجع مطلقاً شرط الرجوع أو لا قال عني أو لا، وكذا لو قال ادفع إلى فلان كذا وكان المأمور صيرفياً أو خليطاً للآمر أو في عياله وإلا فلا ما لم يقل عني أو على أني ضامن، بخلاف ما لو قال هب لفلان عني ألفاً أو أقرضه ألفاً أو عوضه عني أو كفر عن يميني بطعامك أو أد زكاة مالي بمالك أو أحجج عني رجلاً أو أعتق عني عبداً عن ظهاري فلا رجوع إلا بشرطه، وإن كان المأمور خليطاً أو قال عني، فجملة هذه المسائل أربعة أقسام.

الأول: ما يرجع به المأمور مطلقاً.

الثاني: ما يرجع إن كان صيرفياً أو خليطاً له أو في عياله.

الثالث: ما يرجع إن قال عني.

الرابع: ما لا رجوع فيه إلا بشرط الرجوع، وقد لخص سيدي الوالد رحمه الله تعالى هذا الحاصل من كلام الخانية والخلاصة، فهذه المسائل منصوص عليها في الخانية والخلاصة، وبها يستغنى عن الأصول الثلاثة لأنها غير ضابطة، وكذا الأصل الذي ذكرناه عن الشارح، وهو من قام عن غيره بواجب بأمره رجع بما دفع الخ فإنه غير ضابط أيضاً، لأنه لا يشمل الأمر بالإنفاق في بناء داره وبشراء الأسير وقضاء النائبة، ولشموله الواجب الأخروي كالأمر بأداء زكاته ونحوه.

وفي نور العين عن مجمع الفتاوى: أمر أحد الورثة إنساناً بأن يكفن الميت فكفن، إذ

مع أنه لا يطالب بهما لا بحبس ولا بملازمة فتأمل، **(وإن استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض وعكسه لا ما لم يرد ما بقي)** لأنه يصلح عوضاً ابتداء فكذا بقاء، لكنه يخير ليسلم العوض، ومراده العوض الغير المشروط، أما المشروط فمبادلة كما سيجيء فيوزع البدل على المبدل نهاية **(كما لو استحق كل العوض حيث يرجع في كلها إن كانت قائمة لا إن كانت هالكة)** كما لو استحق العوض وقد ازدادت الهبة

أمره ليرجع عليه يرجع عليه كما في أنفق في بناء داري وهو اختيار شمس الإسلام، وذكر السرخسي أن له أن يرجع بمنزلة أمر القاضي.

وفيه عن الذخيرة قال: ادفع إلى فلان كذا على أنه ضامن له ولم يقل عني أو قال اقض فلاناً ألفاً ولم يقل عني ولا على أني ضامن لها أو كفيل بها فدفع، فلو كان المأمور شريكاً للآمر أو خليطاً له رجع على آمره، ومعنى الخليط: أن يكون بينهما أخذ وإعطاء أو مواضعة، على أنه متى جاء رسول هذا أو وكيله يبيع منه أو يقرضه فإنه يرجع على الآمر إجماعاً، إذ الضمان بين الخليطين مشروط عرفاً، إذ المعروف أنه إذا أمر شريكه أو خليطه بدفع مال إلى غيره بأمره يكون ديناً على الآمر والمعروف كالمشروط، وكذا لو كان المأمور في عيال الآمر أو بالعكس يرجع إجماعاً، وإن لم يقل على أني ضامن ولم يشترط الرجوع اهـ. وأفاد التعليل بالضمان عرفاً أن ما جرى به العرف في الرجوع على الآمر يرجع وإن لم يكن خليطاً ولا في عياله، ولذا أثبتوا الرجوع للصيرفي، فليحفظ. قوله: **(وإن استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض)** لأنه لم يدفعه إلا ليسلم له الموهوب كله، فإذا فات بعضه رجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات. درر.

قال السمرقندي: وهذا إذا استحق نصف معين أما إذا لم يكن معيناً تبطل الهبة أصلاً. كذا في الشرح اهـ.

وقال في الجوهرة: وهذا: أي الرجوع فيما إذا لم يحتمل القسمة وإن فيما يحتملها إذا استحق بعض الهبة بطل في الباقي ويرجع في العوض: أي لأن الموهوب له تبين أنه لم يملك ذلك البعض المستحق فبطل العقد فيه من الأصل، فهو جار في الباقي كان هبة مشاع فيما يحتمل القسمة، وذلك يمنع ابتداء التمليك بالهبة. أشار إليه مسري الدين. قوله: **(وعكسه لا)** أي إن استحق نصف العوض لا يرجع بنصف الهبة لأنه ليس عوضاً حقيقة على ما تقدم، ولأن النصف الباقي مقابل لكل الهبة فإن الباقي يصلح للعوض ابتداء، فكذا بقاء إلا أنه يتخير. قوله: **(ليسلم العوض)** الأولى أن يقول: لأنه لم يسلم له العوض، فتأمل. قوله: **(الغير المشروط)** أي في عقد الهبة. قوله: **(أما المشروط)** أي في العقد. قوله: **(فيوزع)** لأنه بيع. قوله: **(كما لو استحق)** تنظير لمفهوم قوله ما لم يرد ما بقي، فإن مفهومه أنه إذا رد ما بقي رجع بكل الهبة. قوله: **(لا إن كانت هالكة)** فإن

لم يرجع. خلاصة (وإن استحق جميع الهبة كان له أن يرجع في جميع العوض إن كان قائماً، وبمثله إن) العوض (هالكاً وهو مثلي وبقيمته إن قيمياً) غاية (ولو عوض النصف رجع بما لم يعوض) ولا يضر الشيوع لأنه طارىء.

استحق العوض والهبة هالكة لا يرجع الواهب على الموهوب له أصلاً، لأن هلاك الهبة مانع من الرجوع اهـ. شلبي: أي وقد هلكت على ملكه وستحيل الرجوع فيها، فستوى في ذلك التعويض وعدمه ط. قوله: (لم يرجع) أي الواهب على الموهوب له ببدل العوض لأن الزيادة مانعة من الرجوع كالهلاك. قوله: (رجع ما لم يعوض) لأن المانع قد خص النصف. قوله: (ولا يضر الشيوع) أي الحاصل بالرجوع في النصف.

قال في البزازية: عوضه في بعض هبته بأن كانت ألفاً عوضه درهماً منه فهو فسخ في حق الموهوب ويرجع في الباقي، وكذا البيت في حق الدار. قوله: (ولم أر من صرح به غيره) قاله المصنف في منحه، وفيه: بل صرحوا بأن العوض قسمان. قال سري الدين: جعل صاحب البدائع والمحيط العوض على نوعين: عوض مشروط في العقد وسيأتي في كلام المصنف آخر مسألة من هذا الباب، وعوض متأخر عن العقد، وهو ما ذكره المصنف والعين للعوض: أي المتأخر اهـ. وقد عقد صاحب الهداية باباً مستقلاً لهما: ويفرق بينهما بما ذكر هنا من أنه لم يكن مشروطاً، واستحق بعضه فإنه يمتنع الرجوع، وإن كان مشروطاً انقسم على الهبة ط.

قال في مشتمل الأحكام ناقلاً عن مختصر المحيط: العوض المانع إن كان مشروطاً في العقد فلكل واحد الامتناع ما لم يتقابضا فهو بمنزلة البيع يردان بعيب ويجب له الشفعة، ولو كان العوض متأخراً عن العقد إن أضافه إلى الهبة بأن قال هذا عوض هبتك أو جاريتك يصح، ويكون العوض هبة يصح بما تصح به الهبة ويبطل بما تبطل به الهبة، ويتوقف الملك على القبض ولا يكون في معنى المعاوضة ابتداء ولا انتهاء. فأما إذا لم يضف العوض إلى الهبة فلكل واحد منهما الرجوع بما وهب. ونقل عن شرح مختصر القدوري العوض: إذا لم يكن مشروطاً في العقد فهو هبة في نفسه فيتوقف الملك على القبض، ولا يصح الشيوع، وفي حق الأول يعتبر عوضاً ثم يسقط به الرجوع، فما في مختصر المحيط موافق للمجتبى بأحد وجهيه. وفي غاية البيان: قال أصحابنا: إن العوض الذي يسقط به الرجوع ما شرط في العقد، فأما إذا عوضه بعد العقد لم يسقط الرجوع، لأنه غير مستحق على الموهوب له وإنما تبرع به ليسقط عن نفسه الرجوع فيكون هبة مبتدأة، وليس كذلك إذا شرط في العقد، لأنه يوجب أن يصير حكم العقد حكم البيع، ويتعلق به الشفعة ويرد بالعيب فدل أنه قد صار عوضاً عنها، وقالوا أيضاً: يجب أن يعتبر في العوض الشرائط المعتبرة في الهبة من القبض وعدم الشيوع لأنه هبة. كذا في شرح الأقطع.

تنبيه: نقل في المجتبى: أنه يشترط في العوض أن يكون مشروطاً في عقد الهبة، أما إذا عوضه بعده فلا، ولم أر من صرح به غيره، وفروع المذهب مطلقة كما مر، فتدبر (والخامس خروج الهبة عن ملك الموهوب له) ولو بهبة، إلا إذا رجع الثاني فللأول الرجوع سواء كان بقضاء أو رضا، لما سيجيء أن الرجوع فسخ حتى لو عادت بسبب جديد بأن تصدق بها الثالث على الثاني أو باعه منه لم يرجع الأول، ولو باع نصفه رجع في الباقي لعدم المانع.

وقال في التحفة: فأما العوض المتأخر عن العقد فهو لإسقاط الرجوع، ولا يصير في معنى المعاوضة لا ابتداء ولا انتهاء، وإنما يكون الثاني عوضاً عن الأول بالإضافة إليه نصاً كهذا عوض عن هبتك، فإن هذا عوض إذا وجد القبض ويكون هبة يصح ويبطل بما تصح وتبطل به الهبة، وأما إذا لم يضف إلى الأول يكون هبة مبتدأة ويسقط حق الرجوع في الهبتين جميعاً انتهى مع بعض اختصار. ومفاده أنهما قولان أو روايتان: الأول: لزوم اشتراطه في العقد. والثاني: لا بل لزوم الإضافة إلى الأول، وهذا الخلاف في سقوط الرجوع. وأما كونه بيعاً انتهاء فلا نزاع في لزوم اشتراطه في العقد. تأمل. وسنذكر آخر الفصل في الفروع بيان العوض مفصلاً عن الهندية إن شاء الله تعالى، فراجعه. قوله: (وفروع المذهب مطلقة كما مر) من دقيق الحنطة وولد إحدى جاريتين.

قال في المنح: منها ما قدمناه من أن دقيق الحنطة يصلح عوضاً منها، ومنها ما تقدم من أنه لو عوضه ولد إحدى جاريتين موهوبتين وجد بعد الهبة فإنه يمنع الرجوع اهـ. قوله: (فتدبر) قال العلامة أبو السعود: قلت: الظاهر أن الاشتراط بالنظر لما سبق من توزيع البدل على المبدل، لا مطلقاً، وحينئذ فما في المجتبى لا يخالف إطلاق فروع المذهب، فتأمل انتهى.

لكن قال العلامة السائحاني: أقول: بل فروع المذهب صريحة في قيده كما قدمته عن الخانية وكما قدمه الشارح في قوله فمراده العوض الغير المشروط فلا تلتفت لما في المجتبى، ثم ظهر أن المراد بعدم كونه عوضاً أنه لا يجعل الهبة بيعاً انتهاء. ثم رأيت شيخنا أجاب بنظير هذا انتهى. فتأمل. قوله: (خروج الهبة) لأنه حصل بتسليط الواهب، فلا ينقضه أطلق في الخروج فشمل ما إذا وهب لإنسان دراهم ثم استقرضها منه فإنه لا يرجع فيها لاستهلاكها. خانية. وشمل أيضاً ما لو وهب لمكاتب إنسان، ثم عجز المكاتب لم يرجع المالك في الهبة عند محمد لانتقالها من ملك المكاتب إلى ملك مولاه خلافاً لأبي يوسف كما في المنح. قوله: (سواء كان) أي رجوع الثاني. قوله: (فسخ) فإذا عاد إلى الواهب الثاني ملكه عاد بما كان متعلقاً به. قوله: (لم يرجع الأول) لأن حق الرجوع لم يكن ثابتاً في هذا الملك. درر عن المحيط. قوله: (ولو باع نصفه الخ) مرتبط بالمصنف؛

وقيد الخروج بقوله: (بالكلية) بأن يكون خروجاً عن ملكه من كل وجه.

ثم فرع عليه بقوله: (فلو ضحى الموهوب له بالشاة الموهوبة أو نذر التصدق بها وصارت لحماً لا يمنع الرجوع)، ومثله المتعة والقران والنذر. مجتبى:

وفي المنهاج: وإن وهب له ثوباً فجعله صدقة لله تعالى فله الرجوع خلافاً للثاني (كما لو ذبحها من غير تضحية)

ويظهر في صورة تكرر الهبة أيضاً. قال في المحيط البرهاني: ولو وصل إلى الواهب الثاني بهبة أو إرث أو وصية أو شراء أو ما أشبه ذلك لم يكن للواهب الأول أن يرجع. قوله: (فلو ضحى الخ) أما لو طبخها بعد أن ضحى بها أو بدون التضحية ينبغي أن لا يرجع لأنه بمنزلة الاستهلاك كما علم في باب الغصب. قوله: (لا يمنع الرجوع) وتجزيه عن الأضحية والمتعة عند محمد، وليس له الرجوع في قول أبي يوسف، والصحيح أن قول الإمام كقول محمد. هندية عن المحيط. قال ط: وسكت عن النذر والظاهر عدم الإجزاء لعدم الوفاء بالنذر اهـ.

قال السائحاني: ويظهر أنها تجزيء عن النذر والقران، أما على رواية أنها غير فسخ من الأصل إذا لم تكن بقضاء فظاهر، وأما على غيرها فلأن هذه الأشياء غير محسوسة، حتى يتأتى فيها النقض، وصرحوا بأن الزكاة لا تعود وكذا الشفعة فيما لو وهب المال قبل الحول ثم رجع بعده، وفيما لو رجع بعد ما وهب الدار وبيعت دار بجوارها، وسيأتي: [الطويل]

وَوَهـبُ شَـاةٍ رَاجِـعٌ بَـعْـدَ ذَبْـحِـهَـا فَيُجْزِىءُ مَنْ ضَحَّى عَلَيْهَا وَيُؤْجَرُ

وهذا البيت تصريح ببعض ما ظهر لي اهـ.

أقول: ولأنه وإن لم يبح له أكل المنذور لكنه باق على ملكه بعدم الذبح ولهذا يتصدق به والصدقة لا تكون إلا بما هو ملكه. تأمل. قوله: (والنذر) لعله أراد به هنا المطلق فلا يتكرر مع المصنف. أو يقال إنما كررها بعد ذكر المتن لها، لأنه نقل عبارة المجتبى برمتها تأييداً لما في المتن. قوله: (فجعله) أي الموهوب له. قوله: (فله الرجوع) ما لم يقبضه للمتصدق عليه، ولو وهب له شيئاً وقبضه فاختلسه الواهب واستهلكه غرم قيمته للموهوب له، ولو كان شاة فذبحها الواهب بعد قبض الموهوب له يأخذ الشاة المذبوحة من غير تضمين، بخلاف ما لو كان ثوباً فقطعه الواهب فإن الموهوب له يأخذ الثوب ويغرم الواهب له ما بين القطع والصحة. هندية. قوله: (خلافاً للثاني) أي فلا يصح الرجوع عنده، والخلاف يجري أيضاً في مسألة الأضحية وما عطف عليها كما هو في المجتبى. ولذا قال فيما لو ذبحها من غير تضحية: له الرجوع اتفاقاً: أي لم يخالف فيها أبو يوسف، لأنها لم تخرج عن ملكه أصلاً، وفي التضحية: خرجت لله تعالى وهما يقولان

فله الرجوع اتفاقاً.

فرع: عبد عليه دين أو جناية خطأ فوهبه مولاه لغريمه أو لولي الجناية سقط الدين والجناية، ثم لو رجع صح استحساناً، ولا يعود الدين والجناية عند محمد ورواية عن الإمام، كما لا يعود النكاح لو وهبها لزوجها ثم رجع. خانية

وإن وقعت التضحية لله تعالى لكنها إنما وقعت القربة بإراقة الدم، ولهذا له أن يأكل لحمها، فلم تخرج عن ملكه بالكلية، وهذا ظاهر في الأضحية. وأما في النذر فكذلك كما علمت. قوله: (فله الرجوع اتفاقاً) لأنها لم تخرج عن ملكه أصلاً. قوله: (سقط الدين والجناية) كما قدمناه.

وصورة المسألة: رجل له على عبد دين فوهبه مولاه لصاحب الدين وقبله سقط دينه، لأن بقبوله الهبة كان راضياً بإسقاط حقه في الدين وأرش الجناية لأنهما يتعلقان برقبة العبد، ولا يرجع على العبد بشيء لأن السيد لا يستوجب حقاً على عبده. قوله: (ثم لو رجع) أي الواهب في هبته. قوله: (صح استحساناً) وفي القياس لا يصح رجوعه في الهبة؛ لأنه رضي بسقوط حقه ليسلم له العبد فكان بمنزلة العوض وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة والمعلى عن أبي يوسف وهشام عن محمد، وعلى قول أبي يوسف: إذا رجع في الهبة يعود الدين والجناية، وأبو يوسف استفحش قول محمد وقال: أرأيت لو كان على العبد دين لصغير فوهبه مولاه منه فقبل الوصي وقبض فسقط الدين؛ فإن رجع بعد ذلك لو قلنا لا يعود الدين كان قبول الوصي الهبة تصرفاً مضراً على الصغير ولا يملك ذلك، ووجه الاستحسان أنه لم ينص على العوض فكان إسقاطاً محضاً، وكانت الهبة خالية عن العوض لأن شرط العوض أن يقول: هو عوض عن هبتك كما مر، ولم يوجد.

قال بعض الأفاضل: والذي يظهر ما قاله أبو يوسف، لأن الشيء ينتهي بانتهاء علته وعلة سقوط الدين الملك ولم يبق الملك فيعود الدين، كمن له على آخر دين مؤجل فقضاه قبل الأجل فاستحق ذلك عاد الدين مؤجلاً؛ لأنه لما بطل القضاء بالاستحقاق بطل، وهو سقوط الأجل، فتأمل اهـ.

فرع: صبي له على مملوك وصيه دين فوهب الوصي عبده للصبي، ثم أراد الوصي الرجوع في ظاهر الرواية له ذلك، وعن محمد المنع. بزازية. قوله: (ورواية عن الإمام) لأن الساقط لا يعود كماء قليل نجس دخل عليه الماء الجاري، حتى كثر وسال ثم عاد إلى القلة لا يعود نجساً. وقال أبو يوسف: يعود الدين حكماً كما كان، لأن زوال الدين كان حكماً لملكه الموهوب له وقد بطل الملك كما في المنح. قوله: (كما لا يعود النكاح) وذكر الصدر الشهيد أنه يعود. قال في الخانية: وأما مسألة النكاح ففيها روايتان عن أبي يوسف. في رواية: إذا رجع الواهب يعود النكاح اهـ.

(والزاي الزوجية وقت الهبة فلو وهب لامرأة ثم نكحها رجع ولو وهب لامرأته لا) كعكسه.

فرع: لا تصح هبة المولى لأم ولده ولو في مرضه، ولا تنقلب وصية إذ لا بد

وفي الهندية بعد ما ذكره عن الصدر الشهيد: وذكر محمد في الكتب في مواضع أنه بالرجوع في الهبة يعود إلى الواهب قديم ملكه، والمراد منه العود إلى قديم ملكه فيما يستقبل لا فيما مضى؛ ألا ترى أن من وهب مال الزكاة من رجل قبل الحول وسلمه إليه ثم رجع في الهبة بعد الحول لا يجب على الواهب زكاة ما مضى اهـ. فلم يجعل قديم ملكه عائداً إليه في حق زكاة ما مضى، وكذلك من وهب من آخر داراً وسلمها إلى الموهوب له ثم بيعت دار بجنبها، ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة ولو عاد إليه قديم ملكه فيما مضى وجعل كأن الدار لم تزل عن ملكه لكان له الأخذ بالشفعة اهـ. وعزاه للمحيط. قوله: (والزاي) فيها لغات، فمنهم بعض العرب، ومنهم من يقول زاي، ومنهم من يقول زا فيقصرها، ومنهم من يقول فيمد زاء، وهذا أقبح الوجوه لأنه لم يأت اسم على حرف، ومنهم من يقول زي فيشدد الياء. أبو السعود عن ابن عابدين. قوله: (فلو وهب لامرأة الخ) لأن الزوجية نظير القرابة حتى يجري التوارث بينهما بلا حاجب وترد شهادة كل واحد للآخر فيكون المقصود من هبة كل منهما للآخر الصلة والتوادد دون العوض، بخلاف الهبة للأجنبي فإن المقصود منها العوض، ثم المعتبر في ذلك حالة الهبة، فإن كانت أجنبية كان مقصوده العوض فثبت له الرجوع فيه فلا يسقط بالتزويج، وإن كانت حليلته كان مقصوده الصلة دون العوض وقد حصل فسقط الرجوع فلا يعود بالإبانة اهـ. زيلعي ملخصاً. قوله: (لا) أي لا يرجع، ولو فارقها بعد ذلك لا يملك الرجوع لقيام الزوجية وقت الهبة. قوله: (كعكسه) أي لو وهبته لرجل ثم نكحها رجعت، ولو لزوجها لا وإن فارقها، والأولى أن يقول: كما إذا كانت هي الواهبة فيهما. قوله: (ولو في مرضه) قال في الأصل: ولا تجوز هبة المريض ولا صدقته إلا مقبوضة، فإذا قبضت جازت من الثلث، وإذا مات قبل التسليم بطلت. ويجب أن يعلم بأن هبة المريض هبة عقد وليست بوصية واعتبارها من الثلث ما كان لأنها وصية، ولكن لأن حق الورثة يتعلق بالمريض وقد تبرع بالهبة فيلزم تبرعه بقدر ما جعل الشرع له وهو الثلث وإذا كان هذا التصرف هبة عقد اشترط له سائر شرائط الهبة، ومن جملتها قبض الموهوب قبل موت الواهب اهـ. محيط. قوله: (ولا تنقلب وصية) لما علمت أن هبة المريض هبة عقداً، وهي ليست أهل القبض؛ لأنها لو قبضتها لكانت ملكاً له، ويستحيل أن يملك الإنسان نفسه. وأيضاً أفاد أن قولهم الهبة في مرض الموت وصية أنها تنعقد هبة، وتنقلب وصية وشرط الهبة القبض، وأم الولد محجورة لقيام الملك حال حياة المولى ولا بد

للمحجور، أما لو أوصى لها بعد موته يصح لعتقها بموته فيسلم لها كذا في (والقاف القرابة: فلو وهب لذي رحم محرم منه) نسباً

للمحجور، فلا يتأتى منها القبض ولا يمكن أن تصير مأذونة في قبض الهبة، لأنها لا تملك ما دامت رقيقة، أما لو أوصى لها فإنها تملك بعد الموت وهي حرة بعد موت مولاها فتصح الوصية. قوله: (لعتقها بموته) ويعتبر القبول بعد الموت والتمليك راجع لها بعده. قوله: (والقاف القرابة) أي القريبة إلا الوالد إذا احتاج إلى ذلك.

قال في الدرر: فإنه ينفرد بالأخذ لحاجته إلى الإنفاق، ويسمى ذلك رجوعاً نظراً إلى الظاهر، وإن لم يكن رجوعاً حقيقة على أن هذا الحكم غير مختص بالهبة، بل الأب إذا احتاج فله الأخذ من مال ابنه، ولو غائباً كما ذكر في باب النفقات.

قال صدر الشريعة: ونحن نقول به: أي لا ينبغي أن يرجع إلى الوالد فإنه يتملك للحاجة، فتوهم بعض الناس أن قوله ونحن نقول به أن للأب أن يرجع فيما وهب لابنه عندنا أيضاً مطلقاً، وهو وهم باطل منشؤه الغفلة عن قوله فإنه يتملكه للحاجة، فإن مراده ما ذكرنا، حتى لو لم يحتج لم يجز له الأخذ من مال ابنه. فإن ما توهمه مخالف لتصريح علمائنا كقاضيخان وغيره أن قرابة الأولاد من جملة الموانع اهـ. ولهذا لم يتعرض الشارح رحمه الله تعالى لتخصيص القرابة بغير الأب بل تركه على العموم تكالاً على ما تقرر أن للأب أن يتناول من مال ابنه عند الحاجة بقدرها. قوله: (لذي رحم محرم) خرج من كان ذا رحم وليس بمحرم، ومن كان محرماً وليس بذي رحم. درر. فالأول كابن العم، فإن كان أخاه من الرضاع أيضاً فهو خارج أيضاً، واحترز عنه بقوله نسباً، فإنه ليس بذي رحم محرم من النسب كما في الشرنبلالية والثاني كالأخ رضاعاً.

قال السمرقندي: الرحم صاحب القرابة، والمحرم هو الذي يحرم مناكحته اهـ. وإنما لا يرجع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام «إِذَا كَانَتِ الهِبَةُ لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ لَمْ يَرْجِعْ فِيهَا»[1]

ولأن المقصود منها صلة الرحم وقد حصل، وفي الرجوع قطيعة الرحم اهـ. زيلعي. قوله: (منه) صفة محرم، والضمير في منه للرحم، فخرج الرحم غير المحرم كابن العم والمحرم غير الرحم كالأخ رضاعاً والرحم المحرم التي محرميته لا من الرحم كابن عم هو أخ رضاعاً، وعلى هذا لا حاجة إلى قوله نسباً. نعم يحتاج إليه لو جعل الضمير للواهب ليخرج به الأخير. تدبر. قوله: (نسباً) حال من محرم، فلو كان الرحم محرماً من الرضاع

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن ٦/١٨١، والدارقطني ٣/٤٤، والحاكم في المستدرك ٢/٥٢، وذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/١٢٦.

(ولو ذمياً أو مستأمناً لا يرجع) شمني (ولو وهب لمحرم بلا رحم كأخيه رضاعاً) ولو ابن عمه (ولمحرم بالمصاهرة كأمهات النساء والربائب وأخيه وهو عبد لأجنبي أو لعبد أخيه رجع، ولو كانا) أي العبد ومولاه (ذا رحم محرم من الواهب فلا

أو المصاهرة لا يمتنع الرجوع لعدم وجوب صلته، ولذا لا يجب إنفاقه عليه عند عجزه وإن كانت صلته مندوباً إليها. قوله: (ولو ذمياً أو مستأمناً) لأنه واجب الصلة ومحل للصدقة لقوله تعالى: ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَارِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ﴾ [الممتحنة: ٨] ولقبوله الذمة والأمان فقد ترك المقاتلة. قال القهستاني: ومثلهما الحربي. قوله: (بلا رحم) أي بلا رحم موجب للمحرمية، وإن صار له رحم بالرضاع والمصاهرة فإنه لا يمنع الرجوع. قوله: (ولو ابن عمه) أي ولو كان أخوه رضاعاً ابن عمه وهذا خارج بقوله «منه» أو بقوله «نسباً» لأن محرميته ليست من النسب بل من الرضاع، ولا يخفى أن وصله بما قبله غير ظاهر، لأن قوله «لمحرم بلا رحم» لا يشمله لكونه رحماً، إلا أن يقال قوله بلا رحم الباء فيه للسببية: أي لمحرم بسبب غير الرحم كالباء في قوله بعده بالمصاهرة. تأمل. قوله: (ولمحرم) عطف على لمحرم فلا يمنع الرجوع. قوله: (كأمهات النساء والربائب) ومثلهم أزواج البنين والبنات. خانية. قوله: (وأخيه وهو عبد لأجنبي) أي لأن الهبة لم تقع له حقيقة بل لمولاه، لأن العبد لا يملك، وإن تملك فهو وما في يده لسيده، وفي ألغاز الأشباه: أي أب وهب لابنه وله الرجوع، فقل إذا كان الابن مملوكاً لأجنبي. قال الحموي: وإنما قيد بكونه مملوكاً لأجنبي لأنه إذا كان مملوكاً لقريب ذي رحم محرم منه تكون الهبة واقعة للقريب والهبة للقريب لا رجوع فيها، وإنما قيد القريب بكونه ذا رحم لإمكان تصور المسألة، وإلا فلا يمكن تصورها. قوله: (أو لعبد أخيه) أي وهو أجنبي لأنه لم يهب للأخ صورة، وإن وقعت للأخ في الحقيقة لقيام الشك في المانع فلا يثبت مع الشك، ولأن الملك لم يقع فيها للقريب من كل وجه، بدليل أن العبد أحق بما وهب له إذا احتاج إليه، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: يرجع في الأولى دون الثانية. منح عن البحر، ومثله في شرح المجمع. قوله: (رجع) أي في كل الصور عند الإمام وقالا يرجع في الأولى لا في الثانية كما علمت لأن الملك يقع للمولى، فكان هو المعتبر. وللإمام أن الهبة تقع للمولى من وجه وهو ملك الرقبة وللعبد من وجه وهو ملك اليد؛ ألا ترى أنه أحق به ما لم يفضل عن حاجته، فباعتبار أحد الجانبين يلزم فيهما وباعتبار الجانب الآخر لا يلزم فيهما فلا يلزم بالشك، ولأن الصلة قاصرة في حق كل واحد منهما لما ذكرنا في المعنى والصلة الكاملة هي المانعة من الرجوع، فلا تتعدى إلى قاصرة. قوله: (ولو كان ذا رحم محرم من الواهب) بأن كان أخوه لأبيه عبداً لأخيه من أمه اهـ. سري الدين عن المبسوط أي لأن الهبة في الصورة

رجوع فيها اتفاقاً على الأصح) لأن الهبة لأحدهما وقعت تمنع الرجوع. بحر.

فرع: وهب لأخيه وأجنبي ما لا يقسم فقبضاه له الرجوع في حظ الأجنبي لعدم المانع. درر (والهاء هلاك العين الموهوبة ولو ادعاه) أي الهلاك (صدق بلا حلف)، لأنه ينكر الرد (فإن قال الواهب هي هذه) العين (حلف) المنكر (أنها ليست

وقعت لذي الرحم وكذا في الحقيقة فامتنع الرجوع للوجهين، ولو عجز قريبه المكاتب، فعند محمد: لا يرجع خلافاً لأبي يوسف، وإن أعتق لا رجوع. منح. فأفاد أنه لا يرجع ما دام مكاتباً اتفاقاً لأنه حر يداً، تصوير المسألة بأن يكون لرجل أختان لكل واحدة منهما ولد وأحد الولدين مملوك للآخر. قوله: (على الأصح) وذكر الكرخي عن محمد أن قياس قول الإمام أن يرجع لأنه لم يكن لكل واحد منهما صلة كاملة. قوله: (لأن الهبة الخ) أي فليس في المانع شك. قوله: (ما لا يقسم) أي ما لا يقبله مع بقاء الانتفاع السابق كما تقدم، واحترز به عما وهب لهما ما يقسم فلا تصح لواحد منهما، لأن هبة ما يحتمل القسمة لاثنين غير صحيحة، لأنه وهب لكل منهما مشاعاً كما تقدم قبيل باب الرجوع وبقلبه لا: أي لو وهب لاثنين ما يحتمل القسمة لا يصح. قوله: (له الرجوع في حق الأجنبي) اعتباراً للبعض بالكل. مبسوط. قوله: (هلاك العين الموهوبة) أي تلف عينها أو عامة منافعها مع بقاء الملك، فلو وهبه سيفاً فجعله سكيناً أو سيفاً آخر لا يرجع لتعذر الرجوع بعد الهلاك إذ هو غير مضمون عليه، بخلاف شاة ذبحها. زيلعي ومكي. لو استهلك البعض له أن يرجع بالباقي. بزازية: والاستهلاك كالهلاك كما هو ظاهر صرح به أصحاب الفتاوى. رملي. وأما هلاك أحد العاقدين فقد قدمه. قوله. (لأنه ينكر الرد) أي وجوبه عليه، وهذه علة لقوله صدق، ولأن دعواه الهلاك إخبار منه بهلاك ملكه وأنه لا يوجب يميناً. برهان.

قال العيني: فلو ادعى الموهوب له الهلاك صدق، لأنه منكر لوجوب الرد عليه فأشبه المودع اهـ.

بقي قوله: بلا حلف عزاه في الدرر وغيره إلى الكافي، ولم يذكر العلة مع أن في الوهبانية قال: إذا ادعى المودع ضياعها وجحدها يستحلف، وقد قال العيني: فأشبه المودع. على أن المقرر وإن كان القول قول المنكر لكنه بيمينه، ولأن كل من أنكر ما لو أقر به لزمه يحلف عند إنكاره، وهذا لو أقر بعدم الهلاك يلزمه الرد، فلم لا يحلف عند إنكاره بدعوى الهلاك؟ والظاهر أن العلة هي عدم تأكد ملك الواهب.

قال في الخلاصة: لو قال الموهوب له هلكت فالقول قوله ولا يمين عليه، وعليه الكنز وسائر المتون. قوله: (حلف المنكر أنها ليست هذه) أي وإلا يحلف على الهلاك لما سبق.

هذه) خلاصة (كما يحلف) الواهب (أن الموهوب له ليس بأخيه إذا ادعى) الأخ (ذلك) لأنه يدعي مسبب النسب لا النسب. خانية (ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم)، للاختلاف فيه فيضمن بمنعه بعد القضاء لا قبله (ولو

والحاصل: أنه لا يمين عليه بدعوى الهلاك ما لم يعين الواهب عيناً ويدعي أنها هي الهبة لا الهالكة ويريد استردادها وأنكر الموهوب له ذلك، وادعى أن الموهوب غيرها حلف. قوله: (كما يحلف الواهب الخ) قال في الهندية: وإذا أراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له أنا أخوك أو قال عوضتك أو تصدقت به علي وكذبه الواهب فالقول للواهب. قوله: (الأخ) الأولى الموهوب له. قوله: (مسبب النسب) يعني المال لا النسب: أي، ولو كان المقصود النسب لا يجري فيه اليمين على قول الإمام، خلافاً لقول الصاحبين المفتى به من أن التحليف يجري في النسب.

وحاصل التحقيق في هذه المسألة: أنه لو ادعى بسبب النسب مالاً لازماً وكان المقصود إثباته دون النسب، فيحلف عليه كما في المنح والطحطاوي وغيرهما حتى قال في البحر: يستحلف الواهب عند الكل لأنه ادعى بسبب النسب مالاً لازماً فكان المقصود إثباته دون النسب وعزاه لفتاوى قاضيخان من باب الاستحلاف، ونظر فيه الرحمتي بأن المال ليس بسبب النسب، بل المعنى الصحيح أن يقال: إن الأمر الذي بسببه النسب، وهو مسبب عنه: وهو لزوم الهبة وعدم صحة الرجوع فيها، وهذا يحلف منكره اتفاقاً، أما ما قاله الإمام من أنه لا تحليف في النسب: أي إذا ادعى عليه نسباً لقصد إثباته، أما هنا فالمقصود منه إثبات أمر آخر، وهو لزوم الهبة فهو المدعي في الحقيقة اهـ. فتأمل. ومسبب بضم الميم وفتح السين وتشديد الباء الأولى وفتح الثانية. قوله: (ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم) فلو استردها بغير قضاء ولا رضا كان غاصباً، حتى لو هلكت في يده يضمن قيمتها للموهوب له. شمني.

قال قاضيخان: وهب ثوباً لرجل، ثم اختلسه منه فاستهلكه ضمن الواهب قيمة الثوب للموهوب له. لأن الرجوع في الهبة لا يكون إلا بقضاء أو رضا اهـ. وفيه: الواهب إذا رجع في هبته في مرض الموهوب له بغير قضاء يعتبر ذلك من جميع مال الموهوب له، أو من الثلث فيه روايتان ذكر ابن سماعة في القياس يعتبر من جميع ماله اهـ. قوله: (للاختلاف فيه) أي بين العلماء، فإن بعض المجتهدين يقول بعدم الرجوع: فهو ضعيف لا يثبت حكمه إلا بأحد المذكورين، وذكر في الحواشي اليعقوبية: أنه لأن الشافعي يخالفنا، وفيه كلام وهو أن خلافه متأخر فكيف يبني الحكم المتقدم على ما لم يتحقق بعد؟ والأولى حمله على اختلاف الصحابة لو ثبت اهـ. قوله: (فيضمن بمنعه) يعني لو سأله رد العين الموهوبة بعد قضاء القاضي بصحة الرجوع فيها فامتنع من تسليمها

رجع أحدهما) بقضاء أو رضا (كان فسخاً) لعقد الهبة (من الأصل وإعادة لملكه) القديم لا هبة للواهب (ف) لهذا (لا يشترط فيه قبض الواهب وصح) للرجوع (في الشائع) ولو كان هبة لما صح فيه (وللواهب رده على بائعه مطلقاً) بقضاء أو رضا (بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء)،

فهلكت لزمه ضمانها بمثلها إن كانت مثلية، وإلا فبقيمتها لأنه متعد بالمنع بعد صحة الرجوع بقضاء القاضي، أما قبل القضاء لو هلكت سقط الرجوع بالهلاك، ولا ضمان عليه بالمنع لأنه غير متعد؛ لأنه إنما منع ملكه إذ لم يصح الرجوع لعدم وجود القضاء، ولا رضا مع المنع وقد ملكها بالهبة، ولا يعتبر قوله بلسانه رضيت بردها لأن إمساكها ينقضه، لكن قوله لا يشترط فيه قبض الواهب يفهم منه أنها تتم بقوله رضيت بردها، فليحرر. أفاده بعض الأفاضل.

قال ط: وانظر ما لو منعه بعد الرجوع بالرضا وهلك، والظاهر أنه يضمن لوجود التعدي كمنعه بعد القضاء.

أقول: وهذا يؤيد بعض ما فهمه بعض الأفاضل حيث ضمنه بالمنع ولم يعده رجوعاً. تأمل. قوله: (بقضاء أو رضا) على حذف أي. قوله: (كان فسخاً) خلافاً لزفر في الرجوع بالتراضي كما يأتي. عناية. قوله: (وإعادة) بالنصب عطفاً على فسخاً. قوله: (لا هبة للواهب) أي كما قال زفر رحمه الله تعالى بأن الرجوع بالتراضي عقد جديد فيجعل بمنزلة الهبة المبتدأة. عيني.

قال في البدائع: ولو وهب الموهوب له للواهب قبل القضاء أو الرضا وقبله لا يملكه حتى يقبضه، فإذا قبضه كان بمنزلة الرجوع بالتراضي أو بقضاء، وليس للموهوب له أن يرجع فيه اهـ. قوله: (لا يشترط فيه قبض الواهب) والموهوب يكون أمانة في يد الموهوب له حتى لو هلك لا يضمن. هندية. قوله: (وصح الرجوع في الشائع) أي في البعض الشائع الذي يحتمل القسمة كما إذا وهب الدار ثم رجع في نصفها لأن الشيوع طارئ لا أثر له فيها. ذكره في العناية. قوله: (لما صح فيه) أي في الشائع، ولا يشترط قبض الواهب. قوله: (وللواهب رده) أي بالعيب: أي له بعد الرجوع منه رد الموهوب إذا كان اشتراه من رجل ثم بعد الرجوع اطلع على عيب فيه. قوله: (مطلقاً) حال من رجوع الواهب: أي لأنه فسخ مطلقاً بحكم خيار العيب: يعني ولم يعلم بالعيب قبل الهبة. وصوره الطحطاوي بما لو اشترى شيئاً ثم باعه ثم رد المشتري الثاني على الأول بعيب قديم فإن رده بقضاء كان فسخاً فيثبت حق الرد للمشتري الأول على بائعه، وإن كان برضا لا لأنه بمنزلة البيع الجديد. قوله: (بخلاف الرد بالعيب) أي لو اشترى شيئاً وباعه ورده المشتري الثاني بعد قبضه إياه على المشتري الأول بغير قضاء ليس للمشتري

لأن حق المشتري في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا، ثم مرادهم بالفسخ من الأصل أن لا يترتب على العقد أثر في المستقبل لا بطلان أثره أصلاً وإلا لعاد المنفصل إلى ملك الواهب برجوعه. فصولين (اتفقا) الواهب والموهوب له (على الرجوع في موضع لا يصح) رجوعه

الأول أن يرده على بائعه كما تقدم في بابه؛ لأن حق المشتري في وصف السلامة: أي يستحق ما اشتراه سالماً من العيوب؛ فحيث وجد به عيباً رفع الأمر للقاضي، فيطلب منه إيصاله إلى ما يستحقه من وصف السلامة وحيث كان المبيع معيباً ولم يمكن إيصاله إلى ما يستحقه يفسخ القاضي البيع، وليس حقه في الفسخ، وإذا تفاسخا بغير قضاء بل بتراضيهما كان إقالة، وهي فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث، والبائع الأول ثالثهما، ففي حقه يفرض كأن المشتري الأول اشتراه من المشتري الثاني فليس له أن يرده عليه لأنه مشترى منه، والمشتري لا يرد على بائعه بالعيب إذا كان المبيع وصل إلى البائع من جهته ولا على البائع الأول، لأن المشتري من شخص لا يرده على غيره، وإنما قال: «بعد القبض» لأن رده قبل القبض فسخ مطلقاً فيرده على بائعه كما تقدم. قوله: (لأن حق المشتري في وصف السلامة لا في الفسخ) ولهذا لو زال العيب امتنع الرد لوصول حقه إليه، وإذا لم يكن سليماً فات رضاه فيرجع بالعوض، ويلزم منه فسخ العقد ضرورة من غير أن يثبت حقه في الفسخ، فإذا لم يكن له حق الفسخ لم يصر مستوفياً حقه، فيكون ملكاً مبتدأ ضرورة، غير أنه إذا حكم الحاكم بالرد عند عجزه عن تسليم حقه جعلناه فسخاً لعموم ولايته، ولا كذلك المتعاقدان، لأنه لا ولاية لهما إلا على أنفسهما بخلاف الهبة فإنها تنعقد موجبة حق الفسخ وهو بالفسخ يكون مستوفياً حقاً ثابتاً له بالعقد، لأن العقد وقع غير لازم فإن رفع رجع إليه عين ملكه كالعارية فيكون فسخاً في حق الكل، فلا يمكن أن يجعل هبة مبتدأة اهـ. منح بتصرف. وبهذا ظهر قول المؤلف «فافترقا» ط. قوله: (لا بطلان أثره أصلاً) أي فيما مضى. قوله: (وإلا لعاد المنفصل) أي الزوائد من الموهوب: أي ولو قلنا ببطلان أثره في الماضي لأوجبنا رد الزوائد المنفصلة من الولد والثمر والأرش التي وجدت عند الموهوب له مع أنه لا يثبت للواهب الرجوع فيها، ولأوجبنا عليه زكاة ماله الموهوب إذا رجع فيه لما مضى من السنين مع أنه لا تجب عليه كما سلف.

والخامس: أنه لو كانت الهبة أمة مثلاً فقبضها الموهوب له ووطئها، واستولدها وجنى عليها فقبض أرشها ووطئها غيره، فأخذ عقرها ثم رجع عنه الواهب بقضاء أو رضا امتنع عليه وطؤها والتصرف بوجه من الوجوه بعد الفسخ، وما أخذه من الأرش والعقر يطيب له، لأنه نماء ملكه والولد ولده والواهب إنما يأخذ الأمة فقط؛ وهذا معنى

من المواضع السبعة السابقة (كالهبة لقرابته جاز) هذا الاتفاق منهما. جوهرة. وفي المجتبى: لا تجوز الإقالة في الهبة والصدقة، في المحارم إلا بالقبض لأنها هبة ثم قال: وكل شيء يفسخه الحاكم إذا اختصما إليه فهذا حكمه ولو وهب الدين لطفل المديون لم يجز لأنه غير مقبوض.

عدم ترتب الأثر في المستقبل لا فيما مضى. قوله: (من المواضع السبعة) لا يظهر في الموت، لأن الاتفاق حينئذ من الوارث والباقي أحد العاقدين، ويكون الرجوع في العوض بالتراد وفي الهلاك برد البدل. قوله: (جاز هذا الاتفاق منهما) أي على أنه هبة مبتدأة كما بينته عبارة المجتبى فيشترط فيه ما يشترط في الهبة مما تقدم في الشروط.

ونقل المصنف في آخر الفصل عن المحيط: رجل تصدق بصدقة فسلمها إليه ثم تقايلا الصدقة لم يجز، حتى تقبض لأنها هبة مستقلة مستأنفة لأنه لا رجوع فيها، وكذا الهبة إذا كانت لذي رحم محرم اهـ.

والحاصل: أنه تصح الإقالة في الهبة والصدقة في المحارم بالقبض مع أنه وجد فيها ما يمنع من الرجوع ومع ذلك جاز بتراضيهما، لأنا جعلناه هبة مبتدأة ولذا شرط فيها ما يشترط للهبة، وحينئذ فلا يظهر ما توقف به الطحطاوي. قوله: (في المحارم) ظاهر تقييده بالمحارم يفيد أن القبض لا يشترط في غيرهم.

وفي شرح المصنف: وأطلق أبو يوسف في رواية ابن سماعة خلافه تصدق وسلم، ثم استقاله فأقاله لم يجز حتى يقبض اهـ.

وهذا يفيد ما ذكرنا، ثم فائدة التقييد بالقبض أنه لو لم يقبضه وتصرف فيه الموهوب له صح تصرفه، ونظيره يقال فيما بعده ط. قوله: (لأنها) أي الإقالة هبة: أي مستقلة. قوله: (وكل شيء يفسخه الحاكم إذا اختصما إليه فهذا حكمه) أي يفتقر للقبض، لكن الذي نحن فيه عدم فسخ القاضي، والظاهر أن لفظة «لا» ساقطة وأصل الكلام وكل شيء لا يفسخه الحاكم كما هو الواقع في الخانية، وبه يظهر المعنى: ويكون المراد منه تعميم المحارم وغيرهم مما لا رجوع في هبتهم، وسيجيء أن المعتمد الصحة، ويمكن أن يراد بقوله «وكل شيء يفسخه الحاكم الخ» أي إن الهبة للمحارم والصدقة مطلقاً إذا رفعت للحاكم وأراد صاحبها الرجوع فيها يفسخ دعواه الحاكم، بمعنى أنه يبطلها ويحكم عليه بعدم صحتها، فإن اتفقا عليها كانت هبة مبتدأة يشترط لها شروط الهبة، وكذا كل ما كان فيها مانع من موانع الرجوع، فتأمل. قوله: (لأنه غير مقبوض) لأن هبة الدين من غير من عليه الدين لا تجوز إلا بأن يسلطه على قبضه، والصغير لا قبض له إلا بقبض وليه، وهو من عليه الدين فلا يوجد القبض، لكن سيجيء أن المعتمد الصحة، ويفهم منه

وفي الدرر فقضى ببطلان الرجوع لمانع ثم زال المانع عاد الرجوع (تلفت) العين (الموهوبة، واستحقها مستحق وضمن) المستحق (الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن) لأنها عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة (والإعارة كالهبة) هنا لأن قبض

جرار عكسه وهو هبة لأب ديناً من طفله لأنه مقبوض للأب إذا كان للطفل مال في يده. قوله: (فقضى ببطلان الرجوع لمانع) نقله صاحب الدرر من المحيط، وهكذا في الذخيرة والخانية، وذكر في التبيين وغيره أن الموهوب لو وصيفاً فشب عند الموهوب له وكبر وطال ثم صار شيخاً فقلت قيمته لم يرجع فيه، وعلى هذا جميع الحيوان، وعلل بأنه زاد من وجه، وانتقص من وجه آخر وحين زاد سقط حق الرجوع، فلا يعود، وأنت خبير بأنه بين هذا وبين ما ذكر صاحب الذات لم يعد إلى حالة الأول، ولكن ذكر الناطفي في أجناسه أنه يرجع، ولعل وجهه أن الذات بعد زوال الزيادة هي الذات الأولى. قوله: (ثم زال المانع) مبني على ما قدمه في الخانية. واعتمده القهستاني لكن في كلامه هناك إشارة إلى اعتماد خلافه.

قلت: ولا يخفى ما في إطلاق الدرر، فإن المانع قد يكون خروج الهبة من ملكه ثم تعود بسبب جديد، وقد يكون للزوجية ثم تزول، وفي ذلك لا يعود الرجوع كما صرحوا به فيما إذا بنى في الدار ثم هدم البناء. وفيما إذا وهبها لآخر ثم رجع. ولعل المراد زوال المانع العارض، فالزوجية وإن زالت لكنها مانع من الأصل والعود بسبب جديد بمنزلة تجدد ملك حادث من جهة غير الواهب فصارت بمنزلة عين أخرى غير الموهوبة، بخلاف ما إذا عادت إليه بما هو فسخ هذا ما ظهر لي، فتدبره. أفاده سيدي الوالد رحمه الله تعالى.

وكتب الطحطاوي: لا يظهر في الزوجية والقرابة وهلاك العين والموت والعوض لأنه يبع انتهاء. وأما الخروج عن الملك فيزول إذا عاد إليه بفسخ. تأمل اهـ.

والحاصل: أن ما يمكن زواله من الموانع السبعة الزوجية والزيادة والعوض والخروج عن ملكه فبزوال الزوجية لا يعود الرجوع، وبزوال الثلاثة الباقية يعود الرجوع على ما فيه من التفصيل. قوله: (وضمن المستحق للموهوب) ضمن بتشديد الميم فعل ماض، والمستحق فاعله والموهوب مفعوله. قوله: (لأنها عقد تبرع) أي وهو غير عامل له. قوله: (فلا يستحق فيه السلامة) أي في عقد التبرع، وهكذا حال المستعير بخلاف عقد المعاوضة، لأن عقود المعاوضات يثبت فيها الغرور، فللمشتري الرجوع على بائعه، وكذا بكل عقد يكون للدافع كالوديعة، والإجارة إذا هلكت الوديعة أو العين المستأجرة ثم جاء رجل واستحق الوديعة والمستأجرة وضمن المودع والمستأجر فإنهما يرجعان على الدافع بما ضمنا، وكذا كل ما كان في معناهما.

المستعير كان لنفسه ولا غرور لعدم العقد، وتمامه في العمادية **(وإذا وقعت الهبة بشرط العوض المعين فهي هبة ابتداء فيشترط التقابض في العوضين ويبطل)** العوض **(بالشيوع)** فيما يقسم **(بيع انتهاء)**.

والحاصل: أن المغرور يرجع بأحد أمرين: إما بعقد المعاوضة أو بعقد يكون للدافع كما في المنح، وقد انتفى الثاني هنا كما قال؛ لأن قبض المستعير والمتهب كان لنفسه، وقد عقد في الخانية فصلاً لمسائل الغرور من البيع فراجعه. وذكر في الذخيرة: أن الواهب لم يضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصاً يرجع على الواهب. قوله: **(ولا غرور)** أي موجب للضمان؛ لأنه يكون موجباً بأحد أمرين وقد انتفيا هنا، وكان حق العبارة أن يقول: ولا غرور لأن قبض المستعير إلخ؛ لأن الغرور إنما يكون معتبراً بقبضه للدافع أو بعقد المعاوضة. قوله: **(لعدم العقد)** أي عقد معاوضة، وإلا فالإعارة والهبة لا بد فيهما من عقد. قوله: **(فيشترط التقابض)** أي في المجلس مطلقاً أو بعده بإذنه منح، ولا يثبت بها الملك قبل القبض، ولكل واحد أن يمتنع من التسليم، وكذا لو قبض أحدهما فقط فلكل الرجوع القابض وغيره سواء كما في غاية البيان. قوله: **(في العوضين)** أي في العين الموهوبة والعوض عنها، أما إذا كان العوض غير مشروط فهي هبة ابتداء وانتهاء فلا يثبت لها أحكام البيع، وإنما منع الرجوع حيث قال له خذه عوضاً عن هبتك ونحوه. قوله: **(ويبطل العوض بالشيوع فيما يقسم)** هو مبني على اشتراط التقابض؛ لأن القبض لا يتم مع الشيوع فيما يقسم. قوله: **(بيع انتهاء)** أي إذا اتصل القبض بالعوضين. غاية البيان. وهذا عندنا، وعند زفر والشافعي بيع ابتداء وانتهاء لأن العبرة للمعاني، ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين، وتمامه في الدرر.

وفي المقدسي: والعبرة للمعاني كالكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، وعكسه كفالة، وبيع عبد لنفسه عتق، وهبة نفع ببدل إجارة، وهبة امرأة لزوجها نكاح، وعكسه طلاق.

قلنا: ما اشتمل على جهتين يجب الجمع بينهما ما أمكن توفيراً على الشبهين حظهما كالإقالة بيع وفسخ، وأمكن الجمع هنا باعتبار الهبة ابتداء والبيع انتهاء، ولا تنافي بين حكميهما إذ البيع يتراخى حكمه بشرط الخيار، والهبة تلزم بمانع، وهبة المريض بطلت بالشيوع وبعدم القبض، واعتبرت وصية من الثلث بعد الدين رعاية للشبهين، وقد يترتب الملك على الهبة بلا فصل، كما لو كانت في يد الموهوب له، فلم يكن عدم اللزوم وعدم الترتيب من لوازمها على أن المستحيل الجمع في حالة واحدة لا في الابتداء أو الانتهاء، بخلاف ما استشهد به، لتعذر الجمع لتضاد الحكمين فلغا جانب اللفظ انتهى.

وفي الشرنبلالية عن البرجندي: أنه يصح العوض ولو كان أقل منها وهو من

فترد بالعيب وخيار الرؤية ويؤخذ بالشفعة) هذا إذا قال: وهبتك على أن تعوضني كذا، أما لو قال وهبتك بكذا فهو بيع ابتداء وانتهاء، وقيد العرض بكونه معيناً لأنه لو كان مجهولاً بطل اشتراطه فيكون هبة ابتداء وانتهاء.

فرع: وهب الواقف أرضاً بشرط استبداله بلا شرط عوض لم يجز، وإن شرط كان كبيع ذكره الناصحي. وفي المجمع: وأجاز محمد هبة مال طفله بشرط عوض مساو ومنعاه. قلت: فيحتاج على قولهما إلى الفرق بين الوقف ومال الصغير انتهى والله أعلم.

جنسهما ولا ربا فيه انتهى. ولا تحالف لو اختلفا في قدر العوض لما في المقدسي عن الذخيرة: اتفقا على أن الهبة بعوض واختلف في قدره ولم يقبض والهبة قائمة خير الواهب بين تصديق الموهوب له أو الرجوع في الهبة أو بقيمتها لو هالكة، ولو اختلفا في أصل العوض فالقول للموهوب له في إنكاره، وللواهب الرجوع لو قائماً، ولو مستهلكاً فلا شيء له. ولو أراد الرجوع فقال أنا أخوك أو عوضتك أو إنما تصدقت بها فالقول للواهب استحساناً اهـ ملخصاً. قوله: (فترد بالعيب) أي في العوض والمعوض: أي يرد كل واحد من العوضين، هذا هو الأرجه من الإرجاع إلى الهبة والتعميم، وكذا يرد كل منهما بخيار الرؤية، ويرجع في الاستحقاق على صاحبه بما في يده لو قائماً وبمثله أو قيمته لو هالكاً كما في البيع. قوله: (على أن تعوضني) لأن على للشرط. قوله: (وهبتك بكذا) لأن الباء للمقابلة والمال المقابل بالمال بيع. قوله: (فهو بيع ابتداء وانتهاء) فيثبت لكل منهما الملك في حقه، ولا يمتنعان من التسليم ولا يشترط قبض، ولا يضره شيوع. قوله: (بطل اشتراطه) أي والهبة لا تبطل به. قوله. (فيكون) أي المقبوض من الهبة وعوضها إذا دفع. قوله: (وهب الواقف أرضاً بشرط استبداله) في البحر نقلاً عن القاضي الجامع بين وقف هلال والخصاف، ولو وهب الواقف الأرض التي شرط الاستبدال بها، ولم يشترط عوضاً لم يجز، وإن شرط عوضاً فهو كالبيع اهـ. فقوله «بشرط» متعلق بالواقف، وقوله «بلا شرط» متعلق بوهب، وأعاد الضمير مذكراً على الأرض لتأويلها بالوقف أو العقار. قوله: (وإن شرط الخ) ظاهره أنه يصح ولو كان البدل دراهم أو دنانير، وقد تقدم في الوقف أنه لا بد أن يكون البدل عقاراً وتقدم الكلام فيه فارجع إليه. قوله: (بشرط عوض مساو) أي لقيمة مال الصغير، وبالأولى إذا كان زائداً عليه. قوله: (بين الوقف) أي الذي شرط استبداله حيث أجازه بشرط العوض. قوله: (ومال الصغير) حيث لم يجوزاه مطلقاً. قال الرملي. يفرق بينهما بأن الواقف لما شرط الاستبدال، وهو يحصل بكل عقد يفيد المعاوضة كانت الهبة بشرط العوض داخلة في شرطه، بخلاف هبة الأب مال ابنه الصغير: أي فإنها تبرع ابتداء، وهو ممنوع عن مطلق التبرع في ماله انتهى.

فَصْلٌ فِي مَسَائِلَ مُتَفَرِّقَةٍ

(وهب أمة إلا حملها أو على أن يردها عليه أو يعتقها أو يستولدها أو) وهب (داراً على أن يرد عليه شيئاً منها) ولو معيناً كثلث الدار أو ربعها **(أو على أن يعوض في الهبة والصدقة شيئاً منها**

أقول: وقد يقال: إن المقصود من الاستبدال المنفعة في البدل، لا في نفس الاستبدال، وأما مال الصغير فيشترط في نفس العقد عليه ظهور المنفعة لأنه عقد تجارة، أو أن الوقف من المستبدل فهو ملكه في الجملة، بخلاف مال ابنه، فلعل أحد هذين الفرقين على قولهما الذي طلبه الشارح، لأن الواقف له شائبة ملك حيث شرط الاستبدال لا سيما على قول الإمام، بخلاف مال الطفل إذ لا ملك فيه ولا شائبة ملك فافترقا، وهذا كله إذا كان ما نقله الناصحي على قول الإمام والصاحبين، ويمكن أن يكون مشى على قول الإمام، وأنهما يتفقان في الوقف كمال الصغير فلا يحتاجان للفرق، فليراجع مذهبهما في ذلك، والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم.

فَصْلٌ فِي مَسَائِلَ مُتَفَرِّقَةٍ

لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة ذكرها في فصل على حدة. عناية. وأشار بقوله مسائل متفرقة إلى أن الأولى ترجمته بذلك. قوله: **(وهب أمة إلا حملها)** اعلم أن استثناء الحمل ينقسم على ثلاثة أقسام: في قسم: يجوز التصرف ويبطل الاستثناء كالهبة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد. وفي قسم: لا يجوز أصل التصرف كالبيع والإجارة والرهن؛ لأن هذه العقود تبطل بالشروط، وكذا باستثناء الحمل. وفي قسم: يجوز التصرف والاستثناء جميعاً كالوصية؛ لأن إفراد الحمل بالوصية جائز فكذا استثناؤه. يعقوبية. وباقي التفصيل في البيانية للعيني. قوله: **(أو على أن يردها عليه)** أي بعد حين. وقوله «أو يستولدها» أي يتخذها أم ولد. قوله: **(على أن يرد شيئاً منها)** أي أو كرماً على أن يتصدق عليه من ثمرته كما في الخانية، وهو متعلق بوهب أو تصدق على سبيل البدل. قوله: **(ولو معيناً)** أشار به إلى أنه لا فرق في التعويض ببعض الموهوب بين المجهول والمعلوم، لأن الفساد ليس من جهة الجهالة بل من جهة كونه بعض الموهوب. قوله: **(أو على أن يعوض في الهبة والصدقة شيئاً منها)** أي شيئاً مجهولاً ح. وقيد بقوله «منها» فلو من غيرها أفسدها.

قال في الخانية: وهبه أرضاً وشرط عليه أن يتصدق عليه من الخارج، فهي فاسدة. وقال في التبصرة: العوض المجهول إذا كان من غير عين الموهوب يفسد الهبة، وتقدم لنا أن الفاسدة مضمونة، وشرطوا لفسادها أن يكون الشرط في العقد لا بعده، وحينئذ فالأولى

صحت) الهبة (وبطل الاستثناء) في الصورة الأولى، (و) بطل (الشرط) في الصور الباقية لأنه بعض أو مجهول والهبة لا تبطل

مجازاة لقوط الأفراخ، بل ربما علق عرف من يجعله كالقرض يجب كما تقدم. وفي بعض النسخ: بين أكثرها عنها بدل منها. قوله: (صحت الهبة) في الصور كلها لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة. درر.

قال شيخ الإسلام: أي التي تفسد البيع مع كونها غير آيلة إلى الهبة، بشرط العوض كما يظهر ذلك من فتاوى قاضيخان وغيره، وذلك كهبة مهرها بشرط أن يحج بها، أو يحسن إليها أو يقطع لها في كل حول ثوباً مرتين، فجعلوا اشتراط نفقة الحج والإحسان إليها وقطع الثوب بمنزلة شرط العوض، بل جعل بعض المشايخ شرط ترك ظلمها في هبتها مهرها أو شرط المكث معها مثله في الحكم، فحكموا ببطلان هبتها إذا ظلمها أو لم يمكث معها وهو المختار، وكأنه لانتفاعها بهما لشبههما بالعوض في الجملة، وإن لم يكونا عوضين حقيقة، فكأنهم عملوا فيه بالشبهين، فأفسدوا الهبة متى لم يحصل المشروط للواهب لشبهه بالعوض، فإنه لا تتم الهبة إذا لم يحصل العوض، وصححوها متى حصل النفع المشروط وإن كان مجهولاً جهالة فاحشة كترك الظلم المجهول لجهالة مدته لأنه ليس بعوض حقيقة، وهذا بخلاف الشروط المذكورة في الكتاب. وأما إذا شرط عوضاً مجهولاً جهالة فاحشة كما إذا شرط أن ينفق على الواهب ما يخرج من الأرض الفراخ الموهوبة فالهبة فاسدة مطلقاً كما صرحوا به، والظاهر أن الفساد لكونه تعليل الهبة بالخطر إذ الخروج موهوم، هذا ما فهمت من كتب الفتاوى. كذا ذكره جوى زاده. وسيأتي تمامه آخر الفصل. قوله: (وبطل الاستثناء في الصورة الأولى) لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً للجارية فانقلب شرطاً فاسداً، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة. وقد أوسع الكلام على الحمل الإتقاني، ونقله الشلبي عنه فراجعه إن شئت ط.

وفي البحر: وكذا الحكم في كل معاوضة مال بغير مال كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد والصدقة والعتق، بخلاف المعاوضات المالية كالبيع والإجارة والرهن والكتابة لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط، وبخلاف الوصية حيث تجوز في الأم دون الحمل، وفي الحمل دون الأم لأن بابه أوسع. ولو أعتق حملها ثم وهبها صح لأن الجنين غير مملوك له فاشتغال بطنها به لا يوجب الفساد، بخلاف ما إذا دبر الحمل ثم وهبها حيث لا تجوز الهبة لأن ملكه فيه باق فكانت هبة مشغول، بخلاف الأول اهـ ويأتي قريباً. قوله: (لأنه بعض) وقد مر أنه يشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب وهو تعليل لقوله اهل أن يرد شيئاً منها. قوله: (أو مجهول) تعليل لقوله «على أن يعوض في الهبة

بالشروط، ولا تنس ما مر

والصدقة شيئاً عنها» ولا يشمل الثلاث التي بعد الأولى، فالأولى تعليل الهداية بأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها إلا أن يقال: قوله والهبة لا تبطل بالشروط من تتمة التعليل. قوله: (بالشروط) أي الفاسدة. قوله: (ولا تنس ما مر) أي تجهالته مفسدة. قال في السراج: والأصل في هذا أن كل عقد من شرطه القبض فإن الشرط لا يفسده كالهبة والرهن اهـ. ونبه الشارح بقوله «ولا تنس» إشارة إلى دفع ما قاله الزيلعي تبعاً للنهاية من أن قوله «أو على أن يعوض الخ» فيه إشكال، لأنه إن أراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله «بطل الشرط» وإن أراد به أن يعوضه عنها شيئاً من العين الموهوبة فهو تكرار محض، لأنه ذكره بقوله «على أن يرد عليه شيئاً منها» اهـ.

وحاصل الدفع: أن المراد الأول، وإنما بطل الشرط لجهالة العوض. كذا أفاده في البحر. ثم رأيت صدر الشريعة صرح به فقال: مرادهم ما إذا كان العوض مجهولاً، وإنما يصح العوض إذا كان معلوماً اهـ.

أقول: وتابع صدر الشريعة صاحب الدرر حيث قال: واعترض الزيلعي على قولهم أو يعوضه شيئاً منها بأن المراد إما الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله «بطل الشرط» وإن أراد به أن يعوضه عنها شيئاً من العين الموهوبة فهو تكرار محض لأنه ذكره بقوله «على أن يرد عليه شيئاً منها».

وأقول: المختار الشق الأول، وقوله فهي والشرط جائزان ممنوع، وإنما يجوز إذا كان العوض معلوماً. وأجاب العيني بأن قوله «على أن يرد شيئاً منها» لا يستلزم أن يكون عوضاً لأن كونه عوضاً إنما هو بألفاظ مخصوصة فيجوز أن يكون رداً ولا يكون عوضاً، وأما قوله «على أن يعوضه شيئاً منها» فتصريح بالعوض، ولا شك أنهما متغايران.

بقي أن يقال: ما أجاب به في الدرر والبحر وسبقهما إليه صدر الشريعة متعقب، فقد ذكر عزمي زاده ما نصه: يفهم من كلام صاحب الدرر أنه إذا وهب داراً بشرط أن يعوضه شيئاً معيناً منها تصح الهبة والشرط مع أنه ليس كذلك، فالصواب في الجواب أن يختار الشق الثاني ولا تكرار؛ لأن الرد عليه لا يستلزم كونه عوضاً. وفي هذا المقام كلام يعلم بمراجعة تكملة قاضي زاده. وقال المولى عبد الحليم: قوله بأن المراد ما الهبة بشرط العوض الخ أراد به عوضاً لا من العين الموهوبة.

أقول: فيه بحث لأنه لم يرد به، إذ المفروض أن يكون العوض شيئاً منها وقوله: وإن أراد به الخ هذا هو المراد ونمنع التكرار؛ لأن رد الشيء منها لا يستلزم كونه مردوداً على طريق العوض، بل المتبادر من الرد أنه مردود لا بطريق العوض فيحمل عليه، على

من اشتراط معلومية العوض.

(أعتق حمل أمة ثم وهبها صح ولو دبره ثم وهبها لم يصح) لبقاء الحمل على ملكه فكان مشغولاً به، بخلاف الأول (كما لا يصح) تعليق (الإبراء عن الدين) بشرط محض كقوله لمديونه: إذا جاء غد أو إن مت بفتح التاء فأنت بريء من الدين أو إن مت من مرضك هذا أو إن مت من مرضي هذا فأنت في حل من مهري فهو باطل،

أن العوض إنما يكون بألفاظ مخصوصة كما مر، وأيضاً لا بد في التعويض من الإضافة إلى الهبة. ثم التحقيق أن شرط العوض من العين الموهوبة نفسها لا يمنع الرجوع سواء كان معلوماً أو لم يكن دل عليه ما ذكر في التاترخانية وغيرها، من أن الهبة لو كانت ألف درهم والعوض درهم منها أو كانت داراً والعوض بيت منها لم يكن عوضاً، وكان للواهب أن يرجع في الهبة استحساناً. وقال زفر: يكون عوضاً فظهر أن ما أجاب به المصنف قاصر كما لا يخفى اهـ. قوله: (من اشتراط معلومية العوض) قال المصنف في منحه: وقيدنا العوض في المختصر بكونه معيناً، وهو قيد لازم أخل به صاحب الكنز وغيره من أصحاب المتون اهـ.

قال الرملي في حاشيته عليها: قوله وهو قيد لازم أقول لا حاجة إليه بعد قوله بيع انتهاء الخ. إذ قوله فيرد ويأخذ صريح في أنه معين فالألف واللام في العوض بدل عنه، فالتقدير عوض معين، وهذا غالب في عبارات المختصرات.

قال في البحر: وأراد بالعوض العوض المعين إذ في اشتراط العوض المجهول تكون هبة ابتداء وانتهاء لبطلان اشتراطه كما سيأتي اهـ. فلم يقع من أصحاب المتون الخلل اهـ. قوله: (أعتق حمل أمة الخ) قيل فيه روايتان: في رواية: لا تجوز الهبة في الإعتاق والتدبير جميعاً. وفي رواية: جازت فيهما جميعاً، والصحيح ما في المتن. ووجه الفرق ما نذكره في القولة الآتية بعد نقله عن الزيلعي كما في الخانية. قوله: (ولو دبره ثم وهبها لم يصح) قال الزيلعي: ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة في الأم لأن الجنين غير مملوك واشتغال بطنها لا يوجب الفساد، كما إذا وهب أرضه وفيها أبنيته، بخلاف ما إذا دبر الحمل ثم وهبها حيث لا تجوز الهبة، لأن ملكه فيه باق، ولا يمكن إدخاله في الهبة لأن المدبر لا يقبل النقل من ملك إلى ملك، ولا تصح الهبة في الأم بدونه لأنها مشغولة به، فصار نظير هبة النخل بدون الثمر أو الجوالق بدون الدقيق من حيث إن كل واحد منهما يمنع القبض اهـ. قوله: (بشرط محض) لما في الإبراء من معنى التمليك، ولا يصح تعليق التمليكات بالشرط، وقد تقدم في مسائل شتى من البيوع. قوله: (فهو باطل) قال في البحر: لأن هبة الدين ممن عليه إبراء وهو تمليك من وجه، فيرتد بالرد ولو بعد المجلس

لأنه مخاطرة وتعليق (إلا بشرط كائن) فيكون تنجيزاً كقوله لمديونه إن كان لي عليك دين أبرأتك عنه صح، كذا إن مت بضم التاء فأنت بريء منه أو في حل جاز وكان

على خلاف فيه كما في النهاية، وإسقاط من وجه فلا يتوقف على القبول والتمليك بالشروط تختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يصح تعليق التمليكات، ولا الإسقاطات من وجه دون وجه، ولا الإسقاطات من كل وجه، ولا يحلف بها كالعفو عن القصاص، وقيد بقوله إن أديت لأنه لو قال أنت بريء من النصف على أن تؤدي إلي النصف صح؛ لأنه ليس بتعليق بل تقييد، ولنا قدمناه في باب التعليق أن المعلق يعلق هو ما بعدها لا ما قبلها، وأشار بقوله لمديونه: إن هبة الدين لكفيل تمليك من كل وجه حتى يرجع بالدين على المكفول عنه، ولا يتم إلا بقبوله، وإبراء الكفيل عن الدين إسقاط من كل وجه حتى لا يرتد بالرد. كذا في النهاية. ثم قولهم إن الإبراء لا يتوقف على القبول يستثنى منه ما إذا أبرأ رب الدين بدل الصرف والسلم أو وهبه له يتوقف على القبول؛ لأن البراءة عنه توجب انفساخه لفوات القبض المستحق بعقد الصرف والسلم، ولا ينفرد أحدهما بفسخه فلا بد من قبوله اهـ.

أقول: فقوله والتعليق يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها إشارة إلى أن من الإسقاطات المحضة ما لا يحلف بها: أي لا يقبل التعليق بالشرط كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والإبراء عن الدين. قوله: (لأنه مخاطرة وتعليق) لاحتمال موت الدائن قبل الغد أو قبل موت المديون ونحو ذلك، لأن المعنى إن مت قبلي وإذ جاء الغد والدين عليك، فيحتمل أن يموت الدائن قبل الغد أو قبل موت المديون، فكان مخاطرة. كذا قرره شيخ سيدي الوالد رحمه الله تعالى.

وقال سيدي الوالد رحمه الله تعالى: وأقول: الظاهر أن المراد أنه مخاطرة في مثل إن مت من مرضك هذا، وتعليق في مثل إن جاء الغد. والإبراء لا يحتملهما، وأن المراد بالشرط الكائن الموجود حالة الإبراء، وأما قوله إن مت بضم التاء فإنما صح وإن كان تعليقاً لأنه وصية وهي تحتمل التعليق، فافهم. وتقدمت المسألة في متفرقات البيوع فيما يبطل بالشرط ولا يصح تعليقه به.

أقول: وهذا يقتضي أن المريض إذا قال في مرضه إن مت من مرضي هذا فعبدي وصية لفلان أنه باطل لأنه مخاطرة فلا يصح، فليتأمل. فهل فرق بين المسألتين؟ ويمكن أن يقال: ما سمعته من أنه وإنما صح هنا وإن كان تعليقاً لأنه وصية وهي تحتمل التعليق. قوله: (ليكون تنجيزاً) الأولى فيكون. قوله: (وكذا إن مت بضم التاء فأنت بريء منه أو في حل جاز) فرق بينهما في الهندية ونصه: لو قال رب الدين إن مت فأنت في حل منه فهو جائز. كذا في فتاوى قاضيخان. ولو قال إن مت فأنت بريء من ذلك لا

وصية. خانية (جاز العمرى) للمعمر له ولورثته بعده، لبطلان الشرط (لا) تجوز (الرقبى) لأنها تعليق بالخطر، وإذا لم تصح تكون عارية. شمني. لحديث أحمد وغيره «من أعمر عمرى فهي لمعمره في حياته وموته. لا ترقبوا فمن أرقب شيئاً

يبرأ، وهو مخاطرة كقوله إن دخلت الدار فأنت بريء مما لي عليك لا يبرأ. كذا في وجيز الكردري اهـ. والتعليق موجود في كل. وقد فرق المؤلف بين قول الدائن إن مت من مرضي هذا، وبين إن مت بلا قيد، فجعل الأول تعليقاً والثاني وصية ط.

والحاصل: أنه إنما لم يجز في الأول وجاز في الثاني مع أن التعليق موجود في كل؛ لأن الأول مخاطرة وتعليق والثاني وصية. قوله: (جاز العمرى) بالضم اسم من الإعمار صحاح. يقال أعمرته الدار عمرى - أي جعلتها له يسكنها مدة عمره، فإذا مات عادت إليه، وكانوا يفعلون ذلك في الجاهلية. وفي الشريعة جعل نحو داره للمعمر له مدة عمره بشرط أن يردها على المعمر أو على ورثته إذا مات المعمر له أو المعمر، ونحوه أعمرتك داري هذه حياتك أو وهبتك هذا العبد حياتك فإذا مت فهو لورثتي. نقاية وشرحها.

قال الشمني: وصورتها أن يقول: أعمرتك داري هذه أو هي لك عمرى أو ما عشت أو مدة حياتك أو ما حييت فإذا مت فهي رد علي اهـ.

وقال الزيلعي: والعمرى هو أن يجعل داره له عمره فإذا مات ترد عليه، فصح التمليك وبطل الشرط لما روي أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة، ويبطل الشرط انتهى. وقال في شرح المجمع: العمرى هي هبة شيء مدة عمر الموهوب له أو الواهب بشرط أن يعود إليه أو إلى ورثته إذا مات الموهوب له انتهى. فقول الشارح عمره يصح أن يرجع الضمير إلى الواهب أيضاً كما في الشرنبلالية. قوله: (لبطلان الشرط) أي شرط الرد على المعمر أو ورثته. قوله: (لا تجوز الرقبى) هي بالضم من المراقبة. وهي لغة: أن تعطي إنساناً ملكاً وتقول إن مت فهو لك وإن مت قبلي. كذا في المبسوط وغيره. وشريعة أن يقول داري لك رقبى إن مت قبلك فهي لك اهـ. ويعني إن مت قبلي فهي لي. أي فكأنه قال له ارقب حياتي، فإذا مت وأنت حي فهي لك، فهو تعليق للتمليك بالشرط فلا يصح، وإنما لم تكن وصية؛ لأنه لم يعلقها بمطلق موته، بل بشرط أن يموت والمرقب حي فكانت مخاطرة، وهذا قول الإمام ومحمد، والعلة في عدم الجواز ما ذكره الشارح. قال أبو يوسف: إنها صحيحة؛ لأنها تمليك في الحال والشرط باطل، والأول هو الصحيح. معمرات قوله: (وإذا لم تصح تكون عارية) أي يرد مسلمها إليه لتضمن الرقبى إطلاق الانتفاع. حموي عن البدايع: أي لأنه حينئذ قد أذن له بالانتفاع بها، وإنما لم يقيد بذلك؛ لأن الهبة المثبت لها من شرطها التسليم. قوله: (لمعمره) بفتح الميم الثانية. قوله: (في حياته وموته) يحتمل أن يكون الضمير راجعاً إلى المعمر بفتح الميم، ومعنى كونها له في

فهو سبيل الميراث».

(بعث إلى امرأته متاعاً)، هدايا إليها (وبعثت له أيضاً) هدايا عوضاً للهبة صرحت بالعوض أولاً (ثم افترقا بعد الزفاف وادعى) الزوج (أنه عارية) لا هبة وحلف (فأراد الاسترداد وأرادت) هي (الاسترداد أيضاً يسترد كل) منهما (ما أعطى) إذ لا هبة فلا عوض.

موته أنها من ماله المتروك عنه، ويحتمل رجوع الضمير إلى من في قوله من. قوله: (فهو سبيل الميراث) على تقدير مضاف في المبتدأ: أي فطريق الشيء المرقب طريق الميراث عن المرقب بالكسر.

في كافي الحاكم الشهيد باب الرقبى: رجل حضرته الوفاة فقال داري هذه حبيس لم تكن حبيساً، وهي ميراث، وكذا إن قال داري هذه حبيس على عقبي من بعدي والرقبى هي الحبيس وليس بشيء.

قال لرجلين: عبدي هذا لأطولكما حياة أو قال عبدي هذا حبيس على أطولكما حياة فهذا باطل؛ وهو الرقبى، وكذلك لو قال لرجل داري لك حبيس، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: أما أنا فأرى أنه إذا قال داري لك حبيس فهي له إذا قبضها، وقوله حبيس باطل، وكذلك إذا قال هي لك رقبى اهـ.

وفيه أيضاً: قال داري هذه لك عمرى تسكنها وسلمها إليه فهي هبة، وهي بمنزلة قوله طعامي هذا لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه. وإن قال وهبت لك هذا العبد حياتك وحياته فقبضه فهي جائزة. وقوله حياتك باطل. وكذلك لو قال أعمرتك داري هذه حياتك أو قال أعطيتكها حياتك فإذا مت فهي لي وإذا مت أنا فهي لوارثي. وكذا لو قال هو هبة لك ولعقبك من بعدك، وإن قال أسكنتك داري هذه حياتك ولعقبك من بعدك فهي عارية. وإن قال هي لك ولعقبك من بعدك فهي هبة له وذكر العقب لغو انتهى.

قوله: (هدايا) أي فيما يصح وإلا فإنه يدعي العرية، فالأولى حذفه. قوله: (أولاً) لأن القرينة تدل أنها ما أرسلت إليه إلا مكافأة لصنيعه. قوله: (بعد الزفاف) قيد لبيان الواقع، لأن في مثل هذه الحالة يظهر التجاحد، فلو ادعى ذلك من غير افتراق فالحكم كذلك لأنه هو الدافع فهو أعلم بجهة الدفع، وبدا ظهر أنه لم يهد تبين أن عوضها لم يصادف محله؛ لأنها لم تقصد ابتداء البر بل مكافأته على صنيعه، وقد تبين أن لا صنيع منه فتسترد ما دفعت. تأمل. قوله: (وحلف) إنما لم يطالب ببينة لاتفاقهما على الملك له، فجهة التمليك لغيره تعلم منه، فإذا تخالفا حلف، وعليه فيما يظهر إذا لم تقم بينة على مدعاها. قوله: (وأرادت هي الاسترداد أيضاً) فإذا لم ترد سقط حقها لا حقه. قوله: (فلا عوض) لأنها إنما قصدت التعويض عن هبته، فلما ادعى العارية ورجع لم يوجد التعويض من جهتها

ولو استهلك أحدهما ما بعثه الآخر ضمنه لأن من استهلك العارية ضمنها. خانية.

(هبة الدين ممن عليه الدين وإبراؤه عنه يتم من غير قبول) إذا لم يوجب انفساخ عقد صرف أو سلم لكنه يرتد بالرد في المجلس وغيره، لما فيه من معنى الإسقاط. وقيل يتقيد بالمجلس. كذا في العناية.

فلها الرجوع. قوله: (فلو استهلك أحدهما) قيد به لإخراج الهلاك، فإنه لا ضمان فيه إذ هو عارية، وهذا إنما يظهر فيما للزوج، أما هي فلم تدفعه إلا عوضاً فيلزمه مطلقاً، فتأمل ط. قوله: (هبة الدين ممن عليه الدين) يعني سواء كان عليه حقيقة أو حكماً كما لو وهب غريم الميت الدين من وارثه. ولو رد الوارث الهبة ترتد بالرد خلافاً لمحمد، وقيل لا خلاف هنا والخلاف فيما لو وهبه للميت فرده الوارث، ولو وهب لبعض الورثة فالهبة لكلهم، ولو أبرأ الوارث صح أيضاً. كذا في البزازية. ذكره الحموي. قوله: (يتم من غير قبول) لما فيه من معنى الإسقاط.

قال المصنف في منحه: فإن قلت: هذا منقوض بدين الصرف والسلم فإن رب الدين إذا أبرأ المديون منه أو وهبه له توقف على قبوله.

قلت: أجيب عنه بأن توقفه على ذلك لا من حيث إنه هبة الدين، بل من حيث إنه يوجب انفساخ العقد بفوات القبض المستحق بعقد الصرف وأحد العاقدين لا يتفرد بفسخه، فلهذا توقف اهـ. قوله: (إذا لم يوجب انفساخ عقد صرف أو سلم) أي إذا أبرأه عن أحد بدلي الصرف أو عن رأس مال السلم يتوقف على القبول لما علمت من كونه موجباً للفسخ فيهما لا لكونه هبة. قوله: (لكنه يرتد بالرد) استدراك على قوله «يتم من غير قبول» يعني وإن تم من غير قبول لما فيه من معنى الإسقاط لكنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك ح.

قال في الأشباه: الإبراء يرتد بالرد إلا في مسائل. الأولى: إذا أبرأ المحتال المحال عليه فرده لا يرتد. وكذا إذا قال المديون أبرئني فأبرأه. وكذا إذا أبرأ الطالب الكفيل، وقيل يرتد. الرابعة: إذا قبله ثم رده لم يرتد اهـ.

وفي البحر: أطلق الهبة فانصرفت إلى الأعيان فلا رجوع في هبة الدين للمديون بعد القبول بخلافه قبله لكونها إسقاطاً اهـ. قوله: (لما فيه من معنى الإسقاط) تعليل للتعميم: يعني وإنما صح الرد في غير المجلس لما فيه من معنى الإسقاط. إذ التمليك المحض يتقيد رده بالمجلس، وليس تعليلاً لقوله «يرتد بالرد» لما علمت أن علته ما فيه من معنى التمليك فتنبه ح.

والحاصل: أن الإبراء عن الدين فيه معنى التمليك ومعنى الإسقاط، وهبة الدين

لكن في الصيرفية: لو لم يقبل ولم يرد حتى افترقا ثم بعد أيام رد لا يرتد في الصحيح، لكن في المجتبى الأصح أن الهبة تمليك والإبراء إسقاط.

(**تمليك الدين ممن ليس عليه الدين باطل إلا**) في ثلاث حوالة ووصية و (**إذا سلطه**) أي سلط المالك غير المديون (**على قبضه**) أي الدين،

كالإبراء منه، فمن حيث الإسقاط لا يتوقف على القبول على خلاف في الهبة، ومن حيث التمليك يرتد بالرد.

قال في الصيرفية: رب الدين إذا وهب الدين من المديون فلم يقبل ولم يرد حتى افترقا فجاء بعد أيام ورد الصحيح أنه لا يرتد هذا الاختلاف بناء على أن الرجحان في هبة الدين من المديون بطريق الإسقاط أم بطريق التمليك؟ فمن قال للتمليك قال: يقتصر الجواب على المجلس، ومن قال للإسقاط قال: لا يقتصر انتهى. ويرد عليه أنه إذا ترجح جانب الإسقاط ينبغي أن لا يرتد مطلقاً. تأمل. قوله: (**لكن في الصيرفية**) استدراك على تضعيف للعناية القول الثاني ح. وقد يقال: هو وإن كان صحيحاً فغيره أصح، فتحصل أنهما قولان مصححان ط. قوله: (**لكن في المجتبى**) استدراك على جعلهم كلاً من الهبة والإبراء إسقاطاً من وجه تمليكاً من وجه، وأنت خبير بأن هذا الاستدراك مخالف للمشهور ح. قوله: (**تمليك**) أي فيحتاج إلى القبول كما صرح به في المجتبى وعزا التسوية بين الهبة والإبراء لزفر. قوله: (**والإبراء إسقاط**) ومن قال الإسقاط لا يحتاج إليه. منح. قوله: (**تمليك الدين الخ**) قال المحشي الحموي: يستثنى من ذلك ما في القنية من باب الأجر في القرض، ولو قال الأجنبي للدائن هب دينه لي أو سلمه لي أو قال اجعل ذلك لي فقال قد فعلت يبرأ استحساناً، ولو وهبه له ابتداء لا يبرأ انتهى. قوله: (**حوالة**) أي إذا كان المحال عليه مديون المحيل وقد أحال شخصاً عليه فإن الدين ينتقل من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، والتعبير بالانتقال يفيد أن المحال لم يملك ما بذمة المحال عليه من الدين، وإنما هو لما رضي بالحوالة فقد التزم الدفع له بأمر المحيل فإذا دفع منه بأمره وقعت المقاصة بينهما، فليتأمل. وأيضاً المحال مسلط على قبضه من المحال عليه. ويقال في الوصية ليس فيها تمليك وإنما هو تسليط أيضاً فرجع الأمر إلى التسليط في الكل. قوله: (**ووصية**) أي بأن أوصى بالدين الذي له على زيد لعمرو فإنه يصح لأن الموصى له خليفة عن الميت، وكذا إذا أوصى بثلث ماله مثلاً وفي التركة ديون فإن الموصى له يملك من الديون بقدر وصيته: أي يملك المطالبة، وإنما يصير ملكاً حقيقة إذا صار عيناً. قوله: (**وإذا سلطه على قبضه**) أي وقبضه فيصح: يعني لأنه يصير حينئذ وكيلاً عن الدائن في القبض من المديون ثم يقبض لنفسه كما ذكره الحموي، ومقتضاه صحة عزله عن التسليط. أشباه.

قال في جامع الفصولين. هبة الدين ممن ليس عليه لم تجز إلا إذا وهبه وأذن له

(فيصح) حينئذ، ومنه ما لو وهبت من ابنها ما على أبيه فالمعتمد الصحة للتسليط، ويتفرع على هذا الأصل لو قضى دين غيره على أن يكون له لم يجز، ولو كان وكيلاً بالبيع فصولين (و) ليس منه ما (إذا أقر الدائن أن الدين لفلان وأن اسمه) في كتاب الدين (عارية) حيث (صح) إقراره لكونه إخباراً لا تمليكاً

بقبضه تقبضه جاز صك لم يجز إلا إذا سلطه عن قبضه، فيصير كأنه وهبه حين قبضه ولا يصح إلا بقبضه انتهى. فتنبه لذلك. رملي قوله: (فيصح الخ) وحينئذ يصير وكيلاً في القبض عن الآمر ثم أصيلاً في القبض لنفسه، ومقتضاه صحة عزله عن التسليط قبل القبض، وإذا قبض بدل الدراهم دنانير صح؛ لأنه صار الحق للموهوب له فملك الاستبدال، وإذا نوى في ذلك التصدق بالزكاة أجزأه كما في الأشباه. قوله: (ومنه) أي مما استثنى. قوله: (ما لو وهبت من ابنها ما على أبيه) أي وأمرته بالقبض. بزازية.

وفي الأشباه في أحكام الدين: وهبت مهرها من أبيها أو لابنها الصغير من هذا الزوج إن أمرت بالقبض صحت وإلا لا، لأنها هبة الدين من غير من عليه الدين، ومثله في مجموعة مؤيد زاده. قوله: (فالمعتمد الصحة للتسليط) أي إذا سلطته على القبض كما يشير إليه قوله (ومنه). وفي الخانية: وهبت المهر لابنها الصغير الذي من هذا الزوج الصحيح أنه لا تصح الهبة إلا إذا سلطت ولدها على القبض فيجوز ويصير ملكاً للولد إذا قبض اهـ. فقول الشارح (للتسليط) أي التسليط صريحاً لا حكماً وعادة كما فهمه السائحاني وغيره.

قال في الحاوي القدسي: إن سلطته على قبضه وهو الصواب، لكن ينظر فيما إذا كان الابن لا يعقل فإن القبض يكون لأب، فهل يشترط أن يفرز الأب قدر المهر ويقبضه لابنه، أو يكفي قبوله كما في هبة الدين ممن عليه؟ يراجع. قوله: (ويتفرع على هذا الأصل) أي الذي ذكره المصنف. قوله: (لم يجز) إلا أن يسلطه الدائن على المديون ويقبضه منه، ونقل في الأشباه قولين: بالجواز، وعدمه، وقدم الجواز وظاهره اعتماده.

قال في القنية: قضى دين غيره ليكون له ما على المطلوب فرضي جاز. وفي ط: وصك بخلافه اهـ. ومنه ومما في الأشباه يعلم أن التفريع على أحد القولين. قوله: (ولو كان وكيلاً بالبيع) أي فقضى للموكل الثمن ليصير ما بذمة المشتري له لا يصح فيكون القضاء على هذا فاسداً ويرجع البائع على الآمر بما أعطاه وكان الثمن على المشتري على حاله. أشباه. إلا أن يسلطه الموكل على القبض بعد الدفع. أما قبله فالولاية في الطلب له كما لا يخفى. قوله: (وليس منه) أي من تمليك الدين من غير من عليه الدين. قوله: (حيث صح إقراره) أي قضاء، أما في الديانة فلا يحل له الدين إذا لم يكن له في نفس الأمر؛ لأن الإقرار ليس سبباً للملك مع أن التمليك هنا لا يفيد ما لم يأمره. قوله:

فللمقر له قبضه. بزازية. وتمامه في الأشباه من أحكام الدين. وكذا لو قال الدين الذي لي على فلان لفلان. بزازية وغيرها.

قلت: وهو مشكل لأنه مع الإضافة إلى نفسه يكون تمليكاً وتمليك الدين ممن ليس عليه باطل، فتأمله.

(فللمقر له قبضه) فإذا دفعه إليه يبرء وكذا إذا دفع إلى المقر كما في المنح، وأكثر النسخ كما هنا، وفي بعضها: فللمقر ولاية قبضه، وهذا الموافق لما في البزازية، فليراجع فإنه مهم. قوله: (وتمامه في الأشباه من أحكام الدين) لعل الضمير راجع إلى الدين أي تمام بيان أحكامه، وإلا فلم يتكلم في الأشباه على هذه المسألة ط.

أقول: وعبارتها وفي وكالة الواقعات الحسامية: لو قال وهبت منك الدراهم التي لي على فلان فاقبضها منه فقبض مكانها دنانير جاز؛ لأنه صار الحق للموهوب له فملك الاستبدال اهـ. وهو مقتضي لعدم صحة الرجوع عن التسليط. لكن ينافيه ما قدمناه عن الأشباه. فتأمل. قوله: (لي على فلان) أي وإن زاد لفظ لي، وافاد استشكاله الشارح. قوله: (بزازية الخ) والبزازي تبع ما في الخلاصة، وسبق في الإقرار الاعتراض عليها وسبق تأييد الاعتراض. قوله: (قلت هو مشكل الخ) أقول: هذا الإشكال ذكره المصنف في منحه أيضاً.

وأجاب عنه الرملي في حاشية المنح في كتاب الإقرار فقال بعد كلام طويل: والحاصل أن الإقرار يصح مطلقاً بلا قبول، ولا يلزم لو كان المقر له غائباً ولعدم لزومه جاز أن يقر به لغيره قبل حضوره، فاجتمعت كلمتهم على أن القبول ليس من شرط صحة الإقرار، وأما لزومه فشيء آخر، والمصنف لم يفرق بين الصحة واللزوم فاستشكل على الصحة المجتمعة عليها كلمتهم باللزوم. وأما ما أجاب به المجيب المذكور ففيه نظر، إذ لو كان كما فهمه لما افترق الإقرار للغائب والحاضر مع أن الظاهر أن بينهما فرقاً في الحكم؛ ألا ترى إلى قوله في الخانية: ولو أقر لولده الكبير الغائب أو أجنبي بعد قوله وأما الإقرار للحاضر فيلزم من جانب المقر حتى لا يصح إقراره لغيره به قبل رده، ولا يلزم من جانب المقر له فصح رده. وأما الصحة فلا شبهة فيها في الجانبين بدون القبول كما يفهم من كلامهم، فظهر الجواب وزال الإشكال بما قررناه والحمد لله تعالى اهـ. قوله: (لأنه مع الإضافة إلى نفسه) أي مع إسناد المال إليه. قوله: (فتأمله) يمكن الجواب بأن المراد الدين الذي لي على فلان بحسب الظاهر هو لفلان: أي في نفس الأمر فلا إشكال اهـ ح. لكن يقال فيه: إنه متى أمكن الحقيقة، فلا يعدل إلى المجاز وتقدم في الإقرار ما يقوي إشكال الشارح، ولعل المراد بالإضافة في قوله «الدين الذي لي على فلان» إضافة نسبة لا ملك كما في قولهم: جميع ما في بيتي لفلان فإنه إقرار، وكذا جميع ما يعرف بي أو ينسب إلي.

أقول: ويمكن أن يكون مبنياً على الخلاف، فإنه قال في القنية راقما لعلي السغدي:

وفي الأشباه في قاعدة تصرف الإمام منوطاً بالمصلحة عن البزازية: **اصطلحا أن** يكتب اسم أحدهما في الديوان فالعطاء لمن كتب اسمه الخ. **(والصدقة كالهبة)** بجامع التبرع وحينئذ **(لا تصح غير مقبوضة ولا في مشاع يقسم ولا رجوع فيها)** ولو على غني.

إقرار الأب لولده الصغير بعين من ماله تمليك إن أضافه إلى نفسه في الإقرار، وإن أطلق فإقرار كما في سادس داري وسادس هذه المدار، ثم رقم لنجم الأئمة البخاري إقرار في الحالين لا تمليك اهـ. قال في إقرار المنح: فتنبه أن في المسألة خلافاً، ولكن الأصل المذكور هو المشهور، وعليه فروع في الخانية وغيرها، وقد مرت المسألة قبيل إقرار المريض، وأجبنا عنها بجواب حسن، فارجع إليه. قوله: **(اصطلحا الخ)** مناسبة ذكر هذه المسألة كتابة اسم غير المستحق، فإن المكتوب اسمه لا يستحق المكتوب. قوله: **(فالعطاء لمن كتب اسمه)** عبارة البزازية: له عطاء في الديوان ومات عن ابنين فاصطلحا على أن يكتب اسم أحدهما في الديوان ويأخذ العطاء هو والآخر لا شيء له من العطاء، ويبذل من كان له العطاء مالاً فالصلح باطل، ويرد بدل الصلح والعطاء الذي جعل الإمام العطاء له، لأن الاستحقاق للعطاء بإثبات الإمام لا دخل لرضا الغير وجعله، غير أن السلطان إن منع المستحق فقد ظلم مرتين في قضية في حرمان المستحق، وإثبات غير المستحق مقامه اهـ. قوله: **(والصدقة كالهبة الخ)** قال في العناية: لما كانت الصدقة تشارك الهبة في الشروط وتخالفها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة اهـ. وقدم المصنف أحكام الهبة على الصدقة لعمومها في حق المسلم والكافر، وكثرت تفاريعها كما في الفتاح، وهو عكس ما هو المشهور من أن ما كثرت تفاريعه يؤخر لطول الكلام عليه. حموي. قوله: **(لا تصح غير مقبوضة)** أي لا تتم. قوله: **(ولا في مشاع يقسم)** قيد به لأنه لا تصح في مشاع لا يقسم. حموي.

فإن قلت: تقدم أن الصدقة لفقيرين جائزة فيما يحتمل القسمة بقوله وصح تصدق عشرة لفقيرين.

قلت: المراد هنا من الشيوع أن يهب بعضه لواحد فقط فحينئذ هو مشاع يحتمل القسمة بخلاف الفقيرين فإنه لا شيوع كما تقدم. بحر. قوله: **(ولا رجوع فيها)** الأولى غير أنه لا رجوع فيها لأن عبارته توهم أنها مثلها فيه، وقد ذكرها في الدرر مستقلة بلا تشبيه حيث قال: تصدق على غني أو وهب لفقير لا يرجع اعتبار اللفظ في الأولى، والمعنى في الثانية.

والحاصل: أنها جملة مستأنفة وليست بداخلة تحت التشبيه وإلا لفسد المعنى، فليتأمل. وضمير فيها للصدقة. وفي القدوري: الصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض، ولا يصح الرجوع في الصدقة بعد القبض اهـ. قوله: **(ولو على غني)** أي ولو تصدق على

لأن المقصود فيها الثواب لا العوض، ولو اختلفا فقال الواهب هبة وقال الآخر صدقة فالقول للواهب. خانية.

غني ليس له الرجوع، واختاره في الهداية مقتصراً عليه لأنه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب لكثرة عياله. بحر. وهذا مخالف لما مر قبيل باب الرجوع من أن الصدقة على الغني هبة، ولعلهما قولان. تأمل. قال القهستاني: الفقير والغني يستويان في عدم العود. وقال بعضهم: إن له العود على الغني اهـ. ثم رأيت الشمني ذكره حيث قال: ولو تصدق على غني لا يعود استحساناً، والقياس أن يعود، وبه قال بعض أصحابنا الخ. قوله: (لأن المقصود فيها الثواب) وقد حصل، قيل عليه أن حصول الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب عندنا خلافاً للمعتزلة فلا يقطع بحصوله. ويمكن أن يقال: حصول الوعد بالثواب. أخي جلبي. قوله: (فالقول للواهب) لأنه المدافع فهو أدرى بجهة الدفع.

أقول: ونقل الرملي في حاشيته على المنح عن الزاهدي في كتابه المسمى بحاوي مسائل المنية: رجل اشترى حلياً ودفعه إلى امرأته واستعملته ثم ماتت ثم اختلف الزوج وورثتها أنها هبة أو عارية، فالقول للزوج مع اليمين أنه دفع ذلك إليها عارية لأنه منكر للهبة.

أقول: وهذا صريح في رد كلام أكثر العوام أن تمتع المرأة يوجب التمليك، ولا شك في فساده اهـ. وسبقه إلى هذا صاحب البحر، كما ذكرناه عنه في باب التحالف ونقلنا هناك عن البدائع: أن المرأة إن أقرت أن هذا المتاع اشتراه لي سقط قولها، لأنها أقرت بالملك لزوجها ثم ادعت الانتقال إليها فلا يثبت إلا بالبينة اهـ. وظاهره شمول ثياب البدن، ومحله في غير الكسوة الواجبة وهو الزائد عليها. تأمل وراجع. ويدل عليه ما مر أول الهبة من قوله اتخذ لولده أو لتلميذه ثياباً الخ، وكذا ما قدمت ثمة عن الخزانة عند قول المصنف: هو الإيجاب والقبول فحيث لا رجوع له هناك ما لم يصرح بالعارية، فهنا أولى.

مطلب في معنى التمليك

تنبيه: قال السيد الحموي: اعلم أن التمليك يكون في معنى الهبة، ويتم بالقبض، وإذا عري عن القبض والتسليم اختلف العلماء فيه: فقيل يجوز، وقيل لا يجوز قياساً على الهبة. وأكثر المشايخ على أنه يجوز بدون التسليم، وأنه غير الهبة، لأن التمليك والهبة شيئان اسماً وحكماً، أما الاسم فظاهر، وأما حكماً فلأنه لو وهب الثمار على رؤوس الأشجار لا يجوز، ولو أقر بالتمليك يجوز فثبت أن التمليك يصح بدون التسليم، وأنه غير الهبة، وعليه الفتوى وعمل الناس، وموت المقر بمنزلة التسليم بالاتفاق. كذا في

فروع: كتب قصة إلى السلطان يسأله تمليك أرض محدودة فأمر السلطان بالتوقيع فكتب كاتبه جعلتها ملكاً له هل يحتاج إلى القبول في المجلس؟ القياس نعم، لكن لما تعذر الوصول إليه أقيم السؤال بالقصة مقام حضوره.

أعطت زوجها مالاً بسؤاله ليتوسع فظفر به بعض غرمائه إن كانت وهبته أو أقرضته ليس لها أن تسترد من الغريم وإن أعطته ليتصرف فيه على ملكها فلها ذلك لا له.

دفع لابنه مالاً ليتصرف فيه ففعل وكثر ذلك فمات الأب إن أعطاه هبة فالكل له، وإلا فميراث. وتمامه في جواهر الفتاوى.

المفتاح اهـ. قال ط: والمناسب في المقابلة أن يقول ولو ملكه لأن الإقرار بالملك.

صورته أن يقول: هذا الشيء لفلان وهو إخبار لا تمليك اهـ. قوله: (جعلتها ملكاً له) هذا إنما يتم في أرض موات أو ملك السلطان، أما إذا أقطعه من غير ذلك فللإمام أن يخرجه متى شاء كما سلف ذلك في العشر والخراج ط. قوله: (القياس نعم) لأنه تمليك يحتاج إلى القبول في المجلس، والقياس أن لا يكفي الأمر بالكتابة، بل يقتضي أن يقول ملكته، وقوله «مقام حضوره» الأولى: مقام قبوله. قوله: (أعطت زوجها الخ) ولو كانت تدفع إليه فضة عند الحاجة إلى النفقة أو شيئاً آخر وهو ينفقه على عياله ليس لها أن ترجع بذلك عليه. قوله: (والقول قولها) لأنها الدافعة، فهي أدرى بجهة الدفع لأنها المملكة، ولا يعلم إلا من جهتها، ولأنها منكرة للتمليك، والقول للمنكر بيمينه وفي الصورة الثانية: القول للوارث لما في جامع الفصولين: ادعى على الميت ألفاً فبرهن وارثه أن الميت أعطاه ألفاً يقبل، والوارث يصدق بأنه أعطاه بجهة الدين لقيامه مقام مورثه فيصدق في جهة التمليك. قوله: (إن كانت وهبته أو أقرضته) ذكر في أول الغصب رجل كان يتصرف في غلات امرأته ويدفع ذهبها بالمرابحة ثم ماتت فادعى ورثتها أنك كنت تتصرف في مالها بغير إذنها فعليك الضمان، فقال الزوج بل بإذنها، فالقول قول الزوج لأن الظاهر شاهد له: أي والظاهر يكفي للدفع. حموي.

قلت: وسيأتي في شتى الوصايا فيما لو عمر دار زوجته أنه لو اختلفا في الإذن وعدمه فالقول للمنكر. تأمل ا هـ. قوله: (لا له) أي ليس للغريم أن يأخذ ذلك المال. قوله: (وإلا) أي وإن لم يعطه هبة بأن أعطاه قرضاً أو دفع إليه ليعمل للأب. قوله: (فميراث) فالأصل ميراث والربح له. قوله: (وتمامه في جواهرالفتاوى) وعبارته: أمير وهب جارية لرجل فأخبرته أنها كانت لتاجر قتله عدوه واستولى عليه وتداولتها الأيدي والموهوب له لا يجد ورثة المقتول وهو يعلم أنه لو خلاها ضاعت ولو أمسكها ربما يقع في

بعث إليه بهدية في إناء هل يباح أكلها فيه، إن كان ثريداً ونحوه مما لو حوله إلى إناء آخر تذهب لذته يباح، فإن كان بينهما انبساط يباح أيضاً، وإلا فلا.

دعا قوماً إلى طعام وفرقهم على أخونة ليس لأهل خوان مناولة أهل خوان آخر ولا إعطاء سائل

فينبغي له أن يرفع الأمر إلى القاضي ليبيعها للغائب من ذي اليد، حتى إذا ظهر المالك كان له على ذي اليد الثمن اهـ. قوله: (وإلا) بأن كان فاكهة ونحوها مما لا يذهب التحويل لذته. قوله: (فإن كان بينهما انبساط يباح أيضاً) أي كما يباح الأكل في إناء الثريد الذي تذهب لذته بالتحويل، يباح أيضاً إذا كان بينهما انبساط: أي رفع كلفة كما تقدم من أن أحدهما يدخل بيت الآخر بدون إذنه، ويأكل من طعامه ويتناول أوانيه وأشياءه، وإلا فلا. وكذا تعتبر العادة والعرف في وعاء الهدية كما في زماننا، فإن الحاج حين قدومه يرسل هدايا لأصحابه فيرسل لهم ماء زمزم بإناء ثمين من الصيني فإن العادة جرت أن يأخذها المهدى إليه مع وعائها، بخلاف ما إذا أهدى رجل لآخر عنباً في قوصرة أو لبناً في وعاء فإنه يأخذ العنب واللبن دون القوصرة والوعاء.

قال في الهندية: ويقال إذا بعث إليه هدية في ظرف وإناء أو في العادة رد ذلك لم يملكهما كالقصاع والجراب وما أشبه ذلك، وإن كان من العادة أن لا يرد الظرف كقواصير التمر فالظرف هدية أيضاً لا يلزمه رده، ثم إذا لم يكن الظرف هدية كان أمانة في يد المهدى إليه، وليس له أن يستعمله في غير الهدية، وله أن يأكل الهدية فيه إذا لم تقتض العادة تفريغه، فإن اقتضت تفريغه وعرفته لزمه تفريغه اهـ. قوله: (ليس لأهل خوان) هو كغراب وكتاب: ما يؤكل عليه الطعام. قاموس. قوله: (مناولة أهل خوان آخر) ولو ناول من معه على خوانه لا بأس به. قال الفقيه: هذا قياس. وفي الاستحسان: أن كل من كان في تلك الضيافة إذا أعطاه جاز وبه نأخذ. كذا في الحاوي للفتاوى اهـ. هندية.

وفيها لو قال الوكيل: لا أسلم من تناول مالك فقال الآمر: أنت في حل من تناولك منه من درهم إلى مائة درهم، ليس له أن يأخذ مائة أو خمسين جملة، وله أن يتناول من المأكول والمشروب والدراهم ما لا بد منه، ولو أهدى رجل إلى مقرضه شيئاً، فإن لم يهد قبل القرض كره القبول اهـ.

أقول: أي كالقاضي فإنه ليس له أن يتناول هدية من ليس له عادة في مهاداته قبل تقلده القضاء. قوله: (ولا إعطاء سائل الخ) هو ليس خاصاً بأهل الأخونة بل مطلق الضيف، فهو تعميم بعد تخصيص، أما أهل الأخونة فإنه قد خص كل قوم بطعام أذن لهم فيه، فإذا أطعم أهل خوان آخر فقد أباحه لغير من أباح له المضيف وفيه إضرار بجماعته، لأن حقهم قد تعلق به بإباحة رب المنزل إياهم، وربما يكون الطعام لا يكفيهم، ففي

وخادم، وهرة لغير ربّ المنزل ولا كلب ولو لرب المنزل إلا أن يناوله الخبز المحترق للإذن عادة. وتمامه في الجوهرة.

وفي الأشباه: لا جبر على الصلاة إلا في أربع: شفعة، ونفقة زوجة،

إطعام أهل الخوان الثاني تصرف في مال غيره بغير إذنه وإضرار برفقته، فبالنظر إلى الشق الأول: لو كان بينه وبين رب المنزل مباسطة بحيث يسوغ له إطعام طعامه بغير إذنه جاز له إطعام أهل الخوان الثاني، وبالنظر لحق رفقائه لا يجوز. وأما إطعام أهل خوانه فجائز، لأن رب المنزل أباحه لهم، وأما إعطاء السائل فإنه افتيات على رب المنزل فلا يجوز إلا إذا كان بينهما مباسطة بحيث يعلم أنه يرضى بتصرفه في ماله كما قال تعالى: ﴿أَوْ صَدِيقِكُمْ﴾ [النور: ٦١] فإنه ذكر في تفسيره أن معناه والله أعلم: له أن يدخل دار صديقه ويضيف من طعامه بغير إذنه إذا وثق برضاه بذلك، فإطعام من ذكر بالأولى. قوله: (وخادم) أي من هو قائم على رأس المائدة. جوهرة. فأفاد أن ذلك في خدمة رب المنزل فغيرهم أولى، وقد صور هذه المسألة في الضيف، وأدرجها المؤلف في مسألة أهل الخوان لأنهم ضيوف ط. قوله: (لغير رب المنزل) فإن كانت هرة صاحب البيت جاز استحساناً. جوهرة. قوله: (وتمامه في الجوهرة) وعبارتها: رجل كتب إلى آخر كتاباً وذكر فيه اكتب الجواب على ظهره لزمه رده وليس له التصرف فيه وإلا ملكه المكتوب إليه عرفاً.

رجل مات وبعث إلى ابنه كفناً ليكفنه فيه هل يملكه حتى يكون له أن يكفنه في غيره، ويمسكه لنفسه إن كان الميت ممن يتبرك بتكفينه لفقه أو ورع؟ فإن الابن لا يملكه وإن كفنه في غيره وجب عليه رده على صاحبه، وإن لم يكن كذلك جاز للابن أن يصرفه إلى حيث أحب اهـ. قوله: (لا جبر على الصلات) بكسر الصاد جمع صلة، وهي عبارة عن أداء مال ليس بمقابلة عوض مالي كالزكاة وغيرها من النذور والكفارات انتهى. معراج. لكن لا يظهر ذلك في الشفعة ط. قوله: (شفعة) فيجب على المشتري تسليم العقار إلى الشفيع مع أنها صلة شرعية، ولذا لو مات الشفيع بطلت الشفعة. أشباه. وإنما وجبت صلة للشفيع لجوازه بأحد الوجوه الثلاثة دفعها للضرر عنه ومع ذلك يأخذها جبراً من البائع إن كانت في يده أو من المشتري. قوله: (ونفقة زوجة) لأنها وإن كانت صلة من وجه إلا أنها عوض من وجه آخر لأنها جزاء الاحتباس. ذخيرة. ويجبر عليها ولو بالحبس. بيري. ومثلها نفقة القرابة، والولاد، بل هي أولى من نفقة الزوجة لأنها صلة محضة، أما نفقة الزوجة فلها شبه بالأجرة لأن فيها جزاء الاحتباس. قال الصدر الشهيد: إذا مات الزوج بطل ما كان عليه واجباً من النفقة ولم تأخذ ذلك من ميراثه، لأن أصل ذلك لم يكن مالاً، ولذا لم يكن مالاً كانت النفقة في حق وصفية المالية صلة والصلات لا تتم إلا بالتسليم: وإذا مات قبل التسليم تسقط. فإن قيل: لو كانت صلة كيف يجبر الزوج على التسليم.

وعين موصى بها، ومال وقف، وقد حررت أبيات الوهبانية على وفق ما في شرحها للشرنبلالي فقلت: [الطويل]

وواهِبُ دَيْنٍ لَيْسَ يَرْجِعُ مُطْلَقاً ... وَإِبْرَاءُ ذِي نِصْفٍ يَصِحُّ المُحَرَّرُ

قلنا: يجوز أن يجبر ألا ترى أنه من أوصى أن يوهب عبده من فلان بعد موته فمات الموصي، فإن الورثة يجبرون على تنفيذ الوصية في العبد وإن كانت صلة، ولو مات العبد تبطل الوصية انتهى.

أقول: وقدمنا في أوائل باب الرجوع في الهبة عند قول المصنف «والميم موت أحد العاقدين» وذكر الشارح ثمة ما يسقط بالموت، ونقلنا ثمة عن حاشية أبي السعود: أن المراد من النفقة التي تسقط غير المستدانة بأمر القاضي. أما هي فقد جزم في الظهيرية بعدم السقوط، وصححه في الذخيرة إلى آخر ما قدمناه، فارجع إليه. قوله: (وعين موصى بها) فيجب على الوارث دفعها إلى الموصى له بعد موت الموصي. أشباه. ولم يجر الجبر فيها على الواصل، فإنها صلة من الموصي، والجبر يجري على الوصي والوارث، وليس هو ذا الصلة، بل متعرض لمال غيره لأن الوصية مستحقة للموصى له، وكذا مال الوقف، فإن الصلة من الواقف والجبر على المتولي، فلا خصوصية للجبر فيهما، بل كل من كان في يده صلة من شخص لآخر يجبر على تسليمها إليه. قوله: (ومال وقف) فإنه يجب على الناظر تسليمه للموقوف عليه مع أنه صلة محضة إن لم يكن في مقابلة عمل، وإلا ففيه شائبتها انتهى. أشباه. ويزاد ما تؤديه العاقلة من الدية، فإن الإيجاب على العاقلة بطريق الصلة. بيري. قوله: (وقد حررت أبيات الوهبانية) ركب أشطار بيوت على أشطار بيوت أخر وحذف بعض ما يحتاج إليه منها وزاد فيها ما ليس منها، وقوله لم يوف بإسكان الواو، وقوله يؤخذ بإسكان الذال، وقوله وسدى بفتح الياء ط. قوله: (ليس يرجع مطلقاً) أي سواء قبل المديون أو لم يقبل بل سكت، فإن سكوته يكون قبولاً حكماً، وسواء ثم كان مانع في الرجوع أو لا لأنها إسقاط، والساقط يكون متلاشياً فلا يتحقق الرجوع فيه كالإبراء، وكما لو هلك الموهوب، والإبراء يتم من غير تصريح بالقبول فيكون صريحاً ودلالة. ومن المشايخ من جعل هبة الدين كالإبراء فتتم بلا صريح قبول، ويرتد كل من الإبراء والهبة بالرد كما في الشرنبلالية. وقال ابن شجاع: لا يعمل رده، وجرى المصنف على إطلاق السقوط، ويظهر ذلك مما في الشرنبلالية مما في كلام البحر حيث قال أول باب الرجوع: وأطلق الهبة فانصرفت إلى الأعيان، فلا رجوع في هبة الدين للمديون بعد القبول، بخلافه قبله لكونها إسقاطاً انتهى. وكأنه اشتبه عليه الرد بالرجوع. تأمل. وقدمناه أول باب الرجوع. قوله: (وإبراء ذي نصف يصح) صورته: لهما دين على رجل قال أحدهما له وهبتك نصيبي جاز فيه وإن قال وهبتك نصف الدين مطلقاً عن إضافته إليه

عَلَى حَجِّهَا أَوْ تَرْكِهِ ظُلْمَهُ لَهَا	إِذَا وَهَبَتْ مَهْراً وَلَمْ يُوفِ بِحَسْرْ
مُعَلَّقُ تَطْلِيقٍ بِإِبْرَاءِ مَهْرِهَا	وَإِنْكَـــــاحِ أُخْـــــرَى

اختلفت الرواية: في رواية يتقيد في الربع كما لو وهبه نصف العبد المشترك، فيصرف إليه الهبة أو تصرف إلى الكل في إطلاق هبة نصف الدين، وهو ظاهر الرواية. شرنبلالية. فلذا أطلق الشارح. قوله: (وإبراء ذي نصف) ليشمل قوله وهبتك نصيبي، وبه يسقط نصيبه بالاتفاق، وكذا قوله أبرأتك عن نصف الدين في ظاهر الرواية.

وحاصله: أنه لو كان لاثنين دين مشترك على شخص فأبرأه أحدهما، فتارة يقول أبرأتك من نصيبي فهو كما قال اتفاقاً، وتارة يقول وهبتك نصف الدين من غير إضافة، وظاهر الرواية أنه كالأول، وقيل يكون إبراء من نصف النصف وهو الربع. قوله: (للمحرر) أي هذا هو المحرر. قوله: (على حجها) متعلق بوهبت.

وصورته: تركت مهرها للزوج على أن يحج بها فلم يحج، فالمفتى به أنه لا يبرأ لأن الرضا بالهبة كان بشرط العوض، فإذا انعدم العوض انعدم الرضا والهبة لا تصح بدون الرضا. قوله: (أو تركه ظلمه لها) يعني لو قالت لزوجها وهبت مهري منك على أن لا تظلمني تقبل صحت الهبة، فلو ظلمها بعد ذلك فالهبة ماضية كما في شرح الواقعات، ونسبه إلى أبي بكر الإسكاف وأبي القاسم الصفار، وعلله قاضيخان بأنه تعليق الهبة بالقبول، فإذا قبل تمت الهبة فلا يعود المهر بعد ذلك، وفي الأجناس وابن مقاتل قال: مهرها عليه على حاله إن ظلمها، لأنها لم ترض بالهبة إلا بهذا الشرط، فإذا فات الشرط فات الرضا.

ثم قال: والحاصل أنه لا فرق على ما عليه الفتوى بين مسألة الظلم ومسألة الحج كما صرح به قاضيخان عبد البر. قوله: (معلق تطليق الخ) ليس هذا في الوهبانية أصلاً، وإنما هي مسألة سئل عنها الشرنبلالي ونظمها وهي قال لها: متى نكحت عليك أخرى وأبرأتني من مهرك فأنت طالق، فهل إذا ادعى أنه أوقعها للمهر فلم يبق ما تبريه عنه وأنكرت؟ يقبل في عدم الحنث وإن لم يقبل بالنظر لسقوط حقها، كما يقبل قوله لو اختلفا في وجود الشرط.

فأجاب: أن رد الإبراء لم يحنث لأنه لو كان كما ادعت فرده أبطله، وإن كما ادعى فالرد معتبر لبطلان الإبراء المقتضي للحنث، وإنما اعتبر للرد مع دعوى الدفع لما يأتي إذا قبض دينه ثم أبرأ غريمه، وقيل صح الإبراء ويرجع عليه بما قبض اهـ ملخصاً: أي ومفهومه لو لم يقبل لم يصح الإبراء: أي فلم يحنث. قال: وإنما سطرته حقاً لما يتوهم من الحنث بمجرد الإبراء، ونقل الشارح آخر باب التعليق: بقي ما يكتب في التعاليق متى نقلها أو تزوج عليها وأبرأته من كذا أو من باقي صداقها، فلو دفع لها الكل هل تبطل؟

.... أو يُرَدُّ فيَظفرُ

وإنْ قَبَضَ الإنسانُ مالَ مَبيعِهِ [illegible] فأبرأ [illegible] الدَّيْنِ أظهرُ

الظاهر لا لتصريحهم بصحة براءة الإسقاط والرجوع بما دفعه اهـ.

وكتب عليه سيدي ثمة قوله: فلو دفع لها الكل. أي كل الثمن المعبر عنه بقوله من كذا أو كل باقي الصداق، وقوله هل تبطل: أي اليمين المذكورة ووجه التوقف أن الطلاق معلق على شرطين: وهما النقد والإبراء أو التزوج والإبراء، فإذا وجد أحدهما فلا بد من وجود الآخر وهو الإبراء مع أن المبرأ عنه قد دفعه لها وقوله لتصريحهم الخ. قال في الأشباه: الإبراء بعد قضاء الدين صحيح، لأن الساقط بالقضاء المطالبة لا أصل الدين، فيرجع المديون بما أداه إذا أبرأه براءة إسقاط، وإذا أبرأه براءة استيفاء فلا رجوع. واختلفوا فيما إذا أطلقها، وعلى هذا لو علق طلاقها بإبرائها عن المهر ثم دفعه لها لا يبطل التعليق، فإذا أبرأته براءة إسقاط وقع ورجع عليها اهـ.

والحاصل: أن الدين وصف في ذمة المديون والدين يقضى بمثله. أي إذا أوفى ما عليه لغريمه ثبت له على غريمه مثل ما لغريمه عليه وسقط المطالبة، فإذا أبرأه غريمه براءة إسقاط سقط ما بذمته لغريمه فتثبت له مطالبة غريمه بما أوفاه فقد صحت البراءة بعد الدفع، فلا يبطل اليمين بل يتوقف الوقوع على البراءة، بخلاف ما إذا أبرأه براءة استيفاء لأنها بمعنى إقراره باستيفاء دينه وبأنه لا مطالبة له عليه، فلا يرجع عليه المديون لعدم سقوط ما بذمته بذلك، وأما لو أطلق فينبغي في زماننا حملها على الاستيفاء لعدم فهمهم غيرها. قوله: (لو يرد فيظفر) الأولى أن يقول: فادعى بالدفع يظفر. قوله: (وإن قبض الإنسان الخ) أي قبض البائع الثمن، وهو المراد بمال مبيعه: أي مال بدلاً عن مبيعه، ثم أبرأ المشتري عنه يرجع المشتري على بائعه بما دفع عليه، والدائن إذا قبض دينه ثم أبرأ المديون عنه صح ويرجع المديون على الدائن بما قبض منه.

قال العلامة عبد البر: صورة الأولى: باع وقبض الثمن من المشتري ثم أبرأ البائع المشتري من الثمن بعد القبض يصح إبراؤه ويرجع المشتري على البائع بما كان دفعه إليه من الثمن.

والثانية لو أبرأ الدائن المديون بعد إيفاء الدين وقبضه صح ورجع المديون عليه. والأصل فيه أن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها، فإذا أبرأ عما في الذمة بقي ما قبضه لا في مقابلة شيء فيستحق المطالبة، ويلزمه رده إذا طالبه به اهـ.

أقول: وفيه بحث، لأنه لو حلف أن لا دين عليه أو له بعد القبض لا حنث لتقاضيه بما قبضه عماله.

وفي فصول العمادي أن الرجوع بالإبراء بعد القبض اختيار شمس الأئمة

وَمِنْ دُونِ أَرْضٍ فِي البِنَاءِ صَحِيحَةٌ ... وَعِنْدِي فِيهِ وَقْفَةٌ فَيُحَرَّرُ

قلت: وجه توقفي تصريحهم في كتاب الرهن بأن رهن البناء دون الأرض وعكسه لا يصح لأنه كالشائع فتأمله، وأشرت بأظهر لما في العمادية عن خواهر زاده، لا يرجع، واختاره بعض المشايخ، وفيظفر: أي بنكاح ضرتها لأنه برده بالإبراء أبطله فلا حنث، فليحفظ انتهى.

السرخسي والصدر الشهيد. وذكر خواهر زاده أنه لا يرجع، وهو اختيار بعض المشايخ انتهى. فما ذكره في البيت فيه اختلاف أهل الترجيح كما ترى، ولما تبع الشارح ابن وهبان اقتداء بمن نقل هذا القول عنهم من أجلاء أئمة المذهب جعله هو الأظهر كما قال، وأشرت بأظهر لما في العمادية الخ. قوله: (ومن دون) متعلق هو وقوله في البناء بصحيحة، وصحيحة خبر لمبتدأ محذوف تقديره هي: أي الهبة. قوله: (وعندي فيه وقفة) أصلها للعلامة عبد البر بعد أن قال: إن المسألة منقولة عن الذخيرة والمنية والتتمة وعلله في التتمة بما في كتاب الشفعة أن المشتري إذا قال اشتريت الأرض والبائع وهبني البناء وقال الشفيع بل اشتريتهما فالقول قول المشتري، ثم قال: وعندي في الاستدلال به نظر، لأنه قد يدعي أن الصحة هنا إنما جاءت من قبل تقدم ملكه للأرض، وينبغي أن لا يصح هبة البناء بدون الأرض لأن القبض شرط في الهبة، وهذا بمنزلة المشاع؛ ألا تراهم قالوا: إن هبة النخل بدون الأرض لا تصح؛ لأن القبض شرط هبة المشاع، وقد صرحوا في كتاب الرهن بأن رهن البناء دون الأرض وعكسه لا يصح لأنه بمنزلة المشاع انتهى.

وفي الهندية عن الكافي: لو وهب زرعاً في أرض أو ثمراً في شجر أو حلية في سيف أو بناء في دار أو قفيزاً من صبرة وأمره بالحصاد والجذاذ والنزع والنقض والكيل وفعل صح استحساناً، ويجعل كأنه وهبه بعد الجذاذ والحصاد ونحوهما، وإن لم يأذن له بالقبض وفعل ضمن انتهى. وتعين المصير إلى هذا التفصيل وتحمل الصحة على صحة العقد وإن لم يفد الملك وعدمها على عدم التمام والتملك، إلا إذا أذن له الواهب بالنقض، وما عطف عليه وفعل لأنه بعد الفعل صار محرزاً مسلماً كما قدمناه موضحاً فارجع إليه. قوله: (وأشرت بأظهر) أي في قوله سابقاً كالدين أظهر: أي وهذا أظهر. قوله: (أنه لا يرجع) أي بالدين بعد الإبراء. قوله: (لما في العمادية) هذا ما أشرنا إليه سابقاً من مخالفة ما فيها وإن اختاره البعض. قوله: (أي بنكاح ضرتها) أي ببقاء نكاحها مع نكاح ضرتها من غير طلاق يقع عليه: أي فيما قدمناه في مسألة التعليق ورد الإبراء حيث كان للمعلق طلاقها لا طلاق الضرة، وفيما ذكره بعد قوله: «فلا حنث» وعبارة الشرنبلالي: أي لقهر المرأة ببقائها في نكاحه مع الضرة وهو الأنسب حيث كان المعلق طلاقها لا طلاق الضرة. قوله: (فلا حنث) أي فلا يقع عليه طلاق.

. . . .

خاتمة: قال الطحاوي: إذا كانت الهدية لا تحتمل القسمة كالثوب أو ما لا يؤكل في الحال كاللحم ونحوه لم يجعل لأصحابه منه شيئاً، وإن كان مهيأ للأكل في الحال يجعل لأصحابه من ذلك حقاً ويمسك البقية لأهله. كذا في التاترخانية.

فروع: قال جعلتك في حل الساعة: أي في الدنيا بريء في الساعات كلها والدارين. خلاصة.

لو قال: لا أخاصمك ولا أطلبك مالي قبلك قالوا ليس هذا بشيء وحقه عليه على حاله. حاوي.

رجل سيب دابته لعلة فأخذها إنسان وأصلحها فهي لمن سيبها، وإن قال من شاء فليأخذها فأخذها رجل فهي له.

قال الفقيه أبو الليث: الجواب هكذا: إذا قال لقوم معينين من شاء منكم فليأخذها، وإن لم يقل ذلك لقوم معينين أو لم يقل ذلك أصلاً فالدابة على ملك صاحبها، وله أن يأخذها أين وجدها.

وفي الفتاوى ذكر المسألة مطلقة من غير تفصيل بين ما إذا قال ذلك القول أو قال مطلقاً. كذا في المحيط.

غصب عيناً فحلله مالكها من كل حق هو له قبله، قال أئمة بلخ: التحليل يقع على ما هو واجب في الذمة لا على عين قائم. كذا في القنية. وعن محمد رحمه الله تعالى: إذا كان لرجل على آخر مال فقال قد حللته لك قال هو هبة وإن قال حللتك منه فهو براءة. كذا في الذخيرة.

في نوادر هشام رحمه الله تعالى في سرقين لدابة في الخان، إذا وهبها صاحبها فهي لمن أخذها ولا يكون صاحب الخان أولى بها. كذا في التاترخانية.

رجل عليه دين فمات قبل القضاء فوهب صاحب الدين لوارث المديون صح، سواء كانت التركة مستغرقة أم لم تكن. كذا في قاضيخان، لأنه وهب من عليه الدين معنى؛ لأنه يملك التركة إن لم تكن مستغرقة بالدين. وإن كانت فللوارث فيها حق وهو استحسان، ولو رد الوارث الهبة ترد بالرد خلافاً لمحمد رحمه الله تعالى. وقيل لا خلاف فيه، وإنما الخلاف فيما إذا وهبه من الميت فرده وارثه وقال قبله غريم الميت أبرأ الميت عن دينه فرد وارثه لم يصح رده كما في جامع الفصولين، ولو وهب لبعض الورثة فالهبة لكلهم، ولو أبرأ الوارث صح أيضاً. كذا في الوجيز للكردري.

وفي فتاوى العتابي: لو أبرأ الغريم أحد الورثة من الدين صح في نصيبه. وفي الخزانة: عقدان يكون الموت فيهما بمنزلة القبول في هبة الدين من المديون: إذا لم يقبله حتى مات

المديون، والوصية إذا لم يقبلها الموصى له حتى مات الموصي تجب الهبة والوصية.

رجل قال لمكاتبه وهبت لك مالي عليك فقال المكاتب لا أقبل عتق المكاتب والمال دين عليه. كذا في السراج الوهاج.

وفي فتاوى آهو: سئل برهان الدين عمن مات مفلساً وعليه دين فتبرع إنسان بقضاء دينه هل يسقط دينه؟ قال لا، لأن إسقاط الساقط لا يتصور لأنه سقط بموته مفلساً ولا يبطل حق المطالبة في الآخرة. كذا في التتارخانية.

بقرة بين اثنين تراضيا على أن تكون عند كل واحد خمسة عشر يوماً يحلب لبنها، فهذه مهايأة باطلة، ولا يحل فضل اللبن وإن جعل في حل، إلا أن يستهلك صاحب الفضل فضله ثم جعله في حل فحينئذ يحل، لأن الأول هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فلم يجز، والثاني هبة الدين وأنه يجوز وإن كان مشاعاً. كذا في الفتاوى الحمادية.

العوض في الهبة نوعان: متأخر عن العقد، ومشروط في العقد. أما العوض المتأخر عن العقد فالكلام فيه في موضعين: أحدهما في بيان شرط جواز هذا التعويض وصيرورة الثاني عوضاً. والثاني في بيان ماهية هذا التعويض، أما الأول فله شرائط ثلاثة:

الأول: مقابلة العوض بالهبة، وهو أن يكون التعويض بلفظ يدل على المقابلة نحو أن يقول هذا عوض عن هبتك أو بدل عن هبتك أو مكان هبتك أو نحلتك هذا عن هبتك أو تصدقت بهذا بدلاً عن هبتك أو كافأتك، أو جازيتك أو أثبتك أو ما يجري هذا المجرى، حتى لو وهب الإنسان شيئاً وقبضه الموهوب له ثم إن الموهوب له أيضاً وهب شيئاً للواهب ولم يقل عوضاً عن هبتك، ونحو ذلك مما ذكرنا لم يكن عوضاً بل كان هبة مبتدأة لكل واحد منهما حق الرجوع.

والثاني: أن لا يكون العوض في العقد مملوكاً بذلك العقد، حتى لو عوض الموهوب له ببعض الموهوب، لا يصح ولا يكون عوضاً، وإن كان الموهوب قد تغير عن حالة تغيراً يمنع الرجوع، فإن بعض الموهوب يكون عوضاً عن الباقي، هذا[6] إذا وهب شيئاً واحداً أو شيئين في عقد واحد فعوض أحدهما عن الآخر فقد اختلف فيه. قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: يكون عوضاً. ولو وهب له شيئاً وتصدق عليه بشيء فعوضه الصدقة من الهبة كانت عوضاً بالإجماع.

والثالث: سلامة العوض للواهب، فإن لم يسلم بأنه استحق من يده لم يكن عوضاً، وله أن يرجع في الهبة إن كان الموهوب قائماً بعينه لم يهلك ولم يزدد خيراً أو لم يحدث فيه ما يمنع للرجوع، فإن كان قد هلك أو استهلكه الموهوب له لم يضمنه، كما لو هلك أو

(٦) في ط (قوله في هذا الخ) هكذا بالأصل، ولتحرر عبارته.

استهلكه قبل التعويض، وكذا إذا ازداد خيراً لم يضمن. كذا في البدائع.

وإن استحق بعض العوض فما بقي منه فهو عوض عن الهبة كلها، وإن شاء رد ما في يده من العوض ويرجع بالهبة كلها إن كانت قائمة لم تخرج عن ملك الموهوب له، ولم يزد في بدنها. كذا في السراج الوهاج. وأما سلامة العوض، وهو الموهوب فشرط التعويض، حتى لو استحق الموهوب كان له أن يرجع فيما عوض، ولو استحق نصف الموهوب فللموهوب له أن يرجع في نصف العوض إن كان الموهوب مما يحتمل القسمة، سواء زاد العوض أو نقص في السعر أو زاد في البدن أو زاد فيه كان له أن يأخذ نصفه ونصف النقصان. كذا في البدائع.

وإن قال: أرد ما بقي من الهبة وأرجع في العوض كله لم يكن له ذلك، وإن كان العوض مستهلكاً ضمن قابض العوض بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له به من العوض. كذا في السراج الوهاج.

وإذا استحق كل الهبة والعوض مستهلك يضمن كل قيمة العوض. كذا ذكر في الأصل من غير خلاف. كذا في البدائع.

هذا إذا كان الموهوب أو العوض شيئاً لا يحتمل القسمة فاستحق بعضه. فأما إذا كان مما يحتمل القسمة فاستحق بعض أحدهما بطل العوض إن كان هو المستحق، وكذا تبطل الهبة إن كانت هي المستحقة، وإذا بطل العوض رجع في الهبة، وإذا بطلت الهبة يرجع في العوض. هكذا في السراج الوهاج

الثاني. بيان ماهيته: فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بلا خلاف بين أصحابنا يصح بما تصح به الهبة، ويبطل بما تبطل به الهبة، لا يخالفها إلا في إسقاط الرجوع على معنى أنه يثبت حق الرجوع في الأولى، ولا يثبت في الثانية، فأما فيما وراء ذلك فهو في حكم هبة مبتدأة، ولو وجد الموهوب له بالموهوب عيباً فاحشاً لم يكن له أن يرد ويرجع في العوض، وكذلك الواهب إذا وجد بالعوض عيباً لم يكن له أن يرد العوض ويرجع في الهبة، فإذا قبض الواهب العوض فليس لكل واحد منهما أن يرجع على صاحبه فيما ملكه، سواء عوضه الموهوب له أو أجنبي بأمر الموهوب له أو بغير أمره. كذا في البدائع

ويشترط شرائط الهبة في العوض بعد الهبة من القبض والحيازة والإفراز. كذا في خزانة المفتين.

ولا يكون في معنى المعاوضة ابتداء وانتهاء، فلا يثبت للشفيع الشفعة، ولا للموهوب له الرد بالعيب. كذا في محيط السرخسي

النوع الثاني: العوض المشروط في عقد الهبة، فإن كانت الهبة بشرط العوض شرط

لها شرائط الهبة في الابتداء حتى لا تصح في المشاع الذي يحتمل القسمة، ولا يثبت بها الملك قبل القبض، ولكل واحد منهما أن يمتنع من التسليم، وبعد التقابض يثبت لها حكم البيع، فلا يكون لأحدهما أن يرجع فيما كان له ويثبت بها الشفعة، ولكل واحد منهما أن يرد بالعيب ما قبض، والصدقة بشرط العوض بمنزلة الهبة بشرط العوض، وهذا استحسان، والقياس أن تكون الهبة بشرط العوض بيعاً ابتداء وانتهاء. كذا في فتاوى قاضيخان.

وهب داراً من رجلين بشرط عوض ألف درهم بتقلب بيعاً جائزاً بعد التقابض. كذا في القنية. ولو عوّض عن جميع الهبة قليلاً كان العوض أو كثيراً فإنه يمنع الرجوع ولو عوض عن بعض الهبة عن ملكه فله الرجوع فيما لم يعوض عنه، وليس له الرجوع فيما عوض. كذا في شرح الطحاوي.

إذا تصدق الموهوب له على الواهب بصدقة أو نحلة أو أعمره فقال هذا عوض هبتك جاز. كذا في الصغرى.

ويجوز تعويض الأجنبي، سواء كان بأمر الموهوب له أو بغير أمره، وليس للأجنبي المعوض أن يرجع على الموهوب له سواء عوض بأمره أو بغير أمره إلا أن يقول للموهوب له عوض فلاناً عني على أني ضامن وهو كما لو قال هب لفلان عبدك هذا عني، فإن المأمور لا يرجع على الآمر إلا أن يقول له الآمر على أني ضامن. هكذا في فتاوى قاضيخان.

والأصل في جنس هذه المسائل أن كل ما يطالب به الإنسان بالحبس والملازمة لا يكون الأمر بأدائه سبباً للرجوع من غير اشتراط الضمان، وكل ما لا يطالب به الإنسان بالحبس والملازمة لا يكون الأمر بأدائه سبباً إلا بشرط الضمان كذا في الظهيرية.

ولو وهب له هبة فعوضه عوضاً على غير شرط فقبضه ثم استحق العوض فله أن يرجع في الهبة إن كانت قائمة في ملك الموهوب له ولم تزدد ولم يحدث فيها ما يمنع الرجوع فيها. كذا في السراج الوهاج.

وإن استحق العوض وقد ازدادت الهبة لم يرجع. كذا في الخلاصة. وإن كانت الهبة قد هلكت أو استهلكها الموهوب له لم يضمنها في قولهم جميعاً. كذا في السراج الوهاج.

ولو وهب لرجل ألف درهم فعوضه الموهوب له درهماً من تلك الدراهم، لم يكن ذلك عوضاً عندنا وكان له أن يرجع في هبته، وكذا لو كانت الهبة داراً فعوضه بيتاً منها. كذا في فتاوى قاضيخان.

وفي الفتاوى العتابية: ولو وهب داره بشرط عوض وقيمته ألف فباعها بألفين قبل

- -

نقد الثمن أخذها الشفيع بالقيمة ويدفع الموهوب له للواهب ما شرط أو قيمته، ولو حضر الشفيع بعد ما دفع المشروط إلى الواهب أخذها به. كذا في التاتارخانية.

رجل وهب لرجل ثوباً وخمسة دراهم وسلم الكل إليه ثم عوضه الثوب أو الدراهم لم يكن عوضاً عندنا استحساناً. كذا في فتاوى قاضيخان. الكل من الهندية وتمامه فيها. وإنما ذكرت ذلك للوعد به فيما تقدم وإن كان بعضه قد تقدم.

وفيها: رجل وهب لآخر أرضاً على أن ما يخرج منها من زرع ينفق الموهوب له ذلك على الواهب قال أبو القاسم الصفار: إن كان في الأرض كرم أو أشجار جازت الهبة ويبطل الشرط، وإن كانت الأرض قراحاً فالهبة فاسدة. كذا في فتاوى قاضيخان. ولو كان الموهوب كرماً وشرط أن ينفق عليه من ثمره تصح الهبة ويبطل الشرط. كذا في محيط السرخسي.

وفي الإسبيجابي: رجل وهب لرجل هبة أو تصدق عليه بصدقة على أن يرد عليه ثلثها أو ربعها أو بعضها فالهبة جائزة، ولا يرد عليه ولا يعوضه بشيء. كذا في التاتارخانية.

امرأة قالت لزوجها إنك تغيب عني كثيراً فإن مكثت معي ولا تغيب فقد وهبت تلك الحائط الذي في مكان كذا فمكث معها زماناً ثم طلقها فالمسألة على خمسة وجوه:

الوجه الأول: إذا كانت عدة منها لا هبة للحال ففي هذا الوجه لا يكون الحائط للزوج.

الوجه الثاني: إذا وهبت إليه وسلمت إليه ووعدها أن يمكث معها ففي هذا الوجه الحائط للزوج، وإن لم تسلم الحائط إلى الزوج لا يكون له الحائط.

الوجه الثالث: إذا وهبت على شرط أن يمكث معها وسلمت إليه وقبل الزوج ففي هذا الوجه الحائط للزوج، وهكذا ذكر الشيخ أبو القاسم رحمه الله تعالى، وعلى قول نصير ومحمد بن مقاتل رحمهما الله تعالى وهو المختار: لا يكون الحائط للزوج.

الوجه الرابع: إذا قالت وهبت لك إن مكثت معي ففي هذا الوجه لا يكون الحائط للزوج.

الوجه الخامس: إذا صالحته على أن يمكث معها على أن الحائط هبة ففي هذا الوجه، لا يكون الحائط للزوج. كذا في المحيط.

وهبته مهرها إن لم يظلمها فهو باطل، بخلاف على أن لا يظلمها، ثم إن ظلمها عاد لأنها لم ترض إلا بهذا الشرط فإذا فات فات الرضاء، والفتوى على هذا.

ولو قالت له: أولم فما أنفقت فيها أي الوليمة فانقصه من مهري فالأمر كما قالت ولو قال أبرئيني حتى أهب لك كذا فأبرأت وأبى يعود المهر.

وسئل أبو جعفر عمن منع امرأته عن المسير إلى أبويها وهي مريضة فقال لها: إن وهبت لي مهرك أبعثك إلى أبويك، فقالت المرأة أفعل، ثم قدمها إلى الشهود فوهبت بعض مهرها وأوصت بالبعض على الفقراء أو غير ذلك، وبعد ذلك لم يبعثها إلى أبويها ومنعها قال: الهبة باطلة. قال الفقيه رحمه الله تعالى: لأنها بمنزلة المكرهة في الهبة. كذا في الحاوي للفتاوى.

المرأة إذا أرادت أن يتزوجها الذي طلقها فقال لها المطلق لا أتزوجك حتى تهبيني مالك علي فوهبت مهرها على أن يتزوجها فالمهر باق على الزوج تزوجها أو لم يتزوجها، لأنها جعلت المال عن نفسها عوضاً عن النكاح. وفي النكاح العوض لا يكون على المرأة. كذا في فتاوى قاضيخان.

ولو قال لرب الدين: إذا مت فأنت في حل فهو جائز. كذا في فتاوى قاضيخان.

ولو قال: إن مت فأنت بريء من ذلك لا يبرأ وهو مخاطرة كقوله إن دخلت الدار فأنت بريء مما لي عليك لا يبرأ. كذا في الوجيز للكردري.

أبرأه عن الدين الذي عليه ليصلح مهمة عند السلطان لا يبرأ وهو رشوة. كذا في القنية اهـ.

وفي الأنقروي برمز عك: حمل إلى خطيبة أمتعة من جنس ما يحمل إليهن في العادة ودفع أهل الخطيبة إليه مثل ما حمل إليهم فلا رجوع لهم فيه إذا افترقوا، والمساهلة في مثل هذا عزيمة فيما بينهم. قنية.

بعث إليها شيئاً معيناً كما هو العادة ثم تزوجها ولم يدخل بها وخلعت نفسها منه بنصف المهر فليس له طلب ما بعث إليها إذا عوضته. مت: صح له طلب المبعوث له مع طلب العوض إن لم تعوضه مع شش للسير الكبير: الرشوة لا تملك عك وغيره قاضي أو غيره.

دفع إليه سحت لإصلاح المهم فأصلح ثم ندم يرد ما دفع إليه.

بخ: المتعاشقان يدفع كل واحد منهما لصاحبه أشياء. فهي رشوة لا يثبت الملك فيها وللدافع استردادها.

وفي خلاصة الغزي: خطب امرأة في بيت أخيها فأبى أن يدفعها حتى يدفع إليه دراهم فدفع وتزوجها يرجع بما دفع لأنه رشوة. قنية. وكذا في الواقعات الحسامية.

خاصم زوجته وأتاها بالضرب والشتم حتى وهبت الصداق منه ولم يعوضها فالبراءة باطلة قنية في الإكراه.

ولو أكره على الهبة ووهب لا تصح. قاضيخان اهـ.

البكر البالغة يمنعها إخوتها التي هي في حضنهم عن الدخول بزوجها حتى تهبهم أو تبيعهم حصتها من أبويها في الإرث أو تشهد لهم بشيء فهو باطل لأنها كالمكرهة في ذلك. رملي.

وفيه عن شرح تحفة الأقران للمصنف: لو زوج ابنته البكر من رجل فلما أرادت أن تخرج من بيته إلى زوجها منعها الأب، إلا أن تشهد عليها أنها استوفت منه ما يعرف فيه من ميراث أمها فأقرت بذلك ثم أذن لها في الخروج، فإن الظاهر أن الحكم فيه عدم صحة الإقرار لكونها في معنى المكرهة لما ذكر من المنع لا سيما والجبالة تغلب في الأبكار، وبه أفتى شيخ الإسلام أبو السعود العمادي اهـ. من منهوات الأنقروي.

رجل له على آخر مائة وخمسون درهماً مائة حالة وخمسون مؤجلة فوهب رب الدين للمديون خمسين فذلك الموهوب ينصرف إلى الحالّ أم إلى المؤجل؟ أفتى الإمام الأجل برهان الدين المرغيناني رحمه الله تعالى: ينصرف إليهما، وبه أفتى القاضي بديع الدين رحمه الله تعالى. كذا في التاتارخانية.

هبة المهر من الزوج الميت تصح استحساناً. كذا في السراجية.

الوكيل في باب الهبة في معنى الرسول حتى يجعل العاقد هو الموكل دون الوكيل.

وفي البقال: التوكيل بالهبة توكيل بالتسليم، وللوكيل بالتسليم أن يوكل غيره، بخلاف الوكيل بالقبض. كذا في المحيط.

وفي الفتاوى العتابية: ولو وكل الواهب رجلاً بالتسليم ووكل الموهوب له رجلاً بالقبض وغابا صح التسليم من الوكيل فإن امتنع وكيل الواهب خاصمه وكيل الموهوب له وينفرد أحد وكيلي التسليم به، بخلاف وكيلي القبض لا ينفرد أحدهما. كذا في التاتارخانية.

وسئل أبو القاسم عمن أمر شريكه بأن يدفع ماله إلى ولده على وجه الهبة وكتب إليه كتاباً بذلك وامتنع الشريك عن الأداء هل للابن خصومة معه؟ قال: هذا شيء لم يجب بعد ولا يجب له إلا بالقبض، فليس للابن خصومة في ذلك. قال الفقيه رحمه الله تعالى: ولو لم يكن على وجه الهبة فللابن أن يخاصم إذا كان مقراً بالمال وفي الوكالة. كذا في الحاوي للفتاوى.

إذا دفع الرشوة لدفع الجور عن نفسه أو أحد من أهل بيته لم يأثم.

. . . .

إذا أجاز ملك دار الحرب لملك دار الإسلام جارية فهي له. ولو أهدى ملك العدو إلى أمير العسكر فهو لجميع العسكر. كذا في السراجية.

وسئل محمد بن مقاتل عما يهدي أبو الصبي إلى المعلم أو إلى المؤدب في النيروز أو في المهرجان أو في العيد. قال: إذا لم يسأل ولم يلح عليه فلا بأس به. كذا في الحاوي للفتاوى.

أقول: وهذا فيما إذا كان للأستاذ معلوم من بيت المال يكفيه وإلا فله أجر مثله، وما تعورف من ثمن الحلو والعيدية والخميسة كما يأتي في كتاب الإجارة.

وسئل الحلواني عمن علق كوزه أو وضعه في سطحه فأمطر السحاب وامتلأ الكوز من المطر فجاء إنسان وأخذ ذلك الكوز مع الماء هل لصاحب الكوز أن يسترد الكوز مع الماء؟ فقال نعم. قال رضي الله تعالى عنه: وجوابه في الكوز مما لا إشكال فيه، فأما في الماء فإنه ينظر: إن كان أعده لذلك حينئذ يسترده، وإن لم يعده لذلك لا يسترده. كذا في التاترخانية.

لقيط في يد ملتقط نقله وينفق عليه وليس لهذا الصغير أحد سواه جاز للأجنبي أن يقبض ما وهب من الصغير، وإن كان الصغير من أهل أن يقبض بنفسه ولهذا الأجنبي أن يسلمه لتعليم الأعمال، وليس لأجنبي آخر أن يسترد منه. نص عليه السرخسي في كتاب الهبة.

وسئل علي بن أحمد رحمه الله تعالى عن رجل دخل الحمام وقد دفع إلى صاحب الحمام الأجرة فاغترف من الإناء بإنائه دفعه إليه صاحب الحمام كما هو العادة في بلدنا هل يصير ذلك الماء ملكاً للمغترف أم يكون ذلك لصاحب الحمام ويكون منه إباحة للداخلين؟ فقال: صار أحق به من غيره ولكن ما صار ملكاً له. كذا في التاترخانية.

يدخل في هبته الأرض ما يدخل في بيعها من الأبنية والأشجار من غير ذكر اهـ. وكذا في الصلح على أرض أو عنها تدخل، ولا يدخل الزرع في الصلح من غير ذكر.

قال ركن الإسلام الصباغي: الزرع يدخل في الرهن والإقرار والفيء بغير ذكره، ولا يدخل في البيع والقسمة والوصية والإجارة والنكاح والوقف والهبة والصدقة وفي القضاء بالملك المطلق، ولا يدخل الثمار والأوراق المتقومة في هبة الأشجار بغير ذكر، فإذا لم يذكر وفيها ثمر وورق فسدت الهبة لأنه يمنع التسليم كما في القنية.

أقر أنه وهب من فلان داراً كان هذا إقراراً صحيحاً.

في الغياثية: الإقرار بالهبة لا يكون إقراراً بالقبض هو الأصح. كذا في جواهر الأخلاطي.

أهل الذمة في حكم الهبة بمنزلة المسلمين، لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع

في المعاملات، إلا أنه لا تجوز المعاوضة بالخمر عن الهبة فيما بين المسلم والذمي سواء كان المسلم هو المعوض بالخمر أو الذمي، وإن صارت الخمر خلاً في يد القابض لم تصر عوضاً ويرده إلى صاحبه. وتجوز المعاوضة بالخمر والخنزير فيما بين الذميين كما تجوز ابتداء المبايعة. ولا تجوز بالميتة والدم. كذا في المبسوط.

وهب المرتد أو النصراني له على أن يعوضه خمراً فذلك باطل. كذا في محيط السرخسي.

رجل وابنه في المفازة ومعهما من الماء ما يكفي أحدهما من أحق بالماء منهما؟ قال: الابن أحق به، لأن الأب لو كان أحق لكان على الابن أن يسقي أباه، وإن سقى أباه مات هو من العطش فيكون هذا منه إعانة على قتل نفسه، وإن شرب هو لم يعن الأب على قتل نفسه، فصار هذا كرجلين أحدهما قتل نفسه والآخر قتل غيره، فقاتل نفسه أعظم إثماً. قال عليه الصلاة والسلام «مَنْ قَتَلَ نَفْسَهُ بِحَدِيدَةٍ جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَفِي يَدِهِ تِلْكَ الْحَدِيدَةُ يَجَأُ بِهَا بَطْنَ نَفْسِهِ»[1] والوجء: الضرب بالسكين، وأصله يوجأ. كذا في المحيط.

ولو دفع إلى رجل ثوباً بنية الصدقة فأخذه المدفوع إليه ظاناً أنه وديعة أو عارية فرده على الدافع لا يحل للدافع أخذه؛ لأنه قد زال عن ملكه حين قبضه الرجل، فإن أخذه لزمه رده. كذا في السراج الوهاج.

محتاج معه دراهم فالإنفاق على نفسه أفضل من التصدق على الفقراء، وإن آثرهم على نفسه فهو أفضل بشرط أن يعلم من نفسه حسن الصبر على الشدة، وإن خاف أن لا يصبر ينفق على نفسه. كذا في الملتقط.

وسئل بعضهم عن التصدق على المكدين الذين يسألون الناس إلحافاً ويأكلون إسرافاً؟ قال: ما لم يظهر لك أن من تتصدق عليه ينفق في المعصية أو هو غني لا بأس بالتصدق عليه، وهو مأجور بما نوى من سد خلته. كذا في الحاوي للفتاوى.

الصبي إذا تصدق بماله لا يصح. كذا في السراجية.

التصدق بثمن العبد على المحتاجين أفضل من الإعتاق. كذا في السراجية.

رجل تصدق على الميت أو دعا له فإنه يصل الثواب إلى الميت إذا جعل ثواب عمله لغيره من المؤمنين جاز. كذا في السراجية.

تصدق على فقير بطازجة على ظن أنه فلس ليس له أن يستردها ظاهراً. قال القاضي

---

(١) أخرجه الترمذي (٢٠٤٣).

عبد الجبار: إن كان قال قد ملكت منه فلساً ثم ظهر أنه طازجة له أن يسترجعها، وإن قال ملكت هذا لا يسترد. قال سيف السائلي: لا يسترد في الحالين. كذا في القنية.

رجل أخرج دراهم من الكيس أو من الجيب ليدفعها إلى مسكين ثم بدا له فلم يدفع فلا شيء عليه من حيث الحكم. كذا في السراجية.

وعن الحسن البصري فيمن يخرج كسرة إلى مسكين فلم يجده، قال: يضعها حتى يجيء آخر، وإن أكلها أطعم مثلها. وقال إبراهيم النخعي مثله. وقال عامر الشعبي: هو بالخيار: إن شاء قضاها، وإن شاء لم يقضها، لا تجوز الصدقة إلا بالقبض. وقال مجاهد: من أخرج صدقة فهو بالخيار: إن شاء أمضى، وإن شاء لم يمض. وعن عطاء مثله. قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: وهو المأخوذ به. كذا في المحيط.

اختلفوا في التصدق على سائل المسجد. قالوا: لا ينبغي أن يتصدق على السائل في المسجد الجامع لأن ذلك إعانة على أذى الناس. وعن خلف بن أيوب رحمه الله تعالى قال: لو كنت قاضياً لم أقبل شهادة من تصدق على سائلي المسجد. وعن أبي بكر بن إسماعيل الزاهدي رحمه الله تعالى قال: هذا فلس واحد يحتاج إلى سبعين فلساً لتكون تلك السبعون كفارة عن الفلس الواحد، ولكن يتصدق قبل أن يدخل المسجد أو بعد ما يخرج منه. كذا في فتاوى قاضيخان.

وفي فتاوى الناصري: إذا قال السائل: بحق الله تعالى أو بحق محمد صلى الله تعالى عليه وسلم أن تعطيني كذا لا يجب عليه في الحكم، والأحسن في المروءة أن يعطيه.

وعن ابن المبارك قال: يعجبني إذا سأل سائل بوجه الله تعالى أن لا يعطى. كذا في التاترخانية. والله سبحانه وتعالى أعلم، وأستغفر الله العظيم.

وصلى الله تعالى على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه الطاهرين الطيبين، وعلى جميع الأئمة التابعين، والمجتهدين والعلماء العاملين، وعلينا معهم برحمتك يا أرحم الراحمين.

اللهم اجعله خالصاً لوجهك الكريم، وموجباً للفوز العظيم، في جنات النعيم، يا مجيب الدعوات آمين.

* * *

وكان الفراغ من تحرير هذه التكملة الشريفة، والتتمة اللطيفة، المسماة بـ [قرة عيون الأخيار، لتكملة رد المحتار] على يد جامعها أفقر العباد، إلى عفو مولاه يوم التناد، محمد علاء الدين ابن السيد محمد أمين ابن السيد عمر الشهير بابن عابدين، كان الله تعالى له ولوالديه، وغفر لهم ولأولاده ولمشايخه ولمن له حق عليه بجاه سيد الأنبياء والمرسلين، في

الضحوة الكبرى في الساعة الثالثة ونصف من يوم الثلاثاء العاشر من رجب الفرد الذي هو من شهور سنة تسعين ومائتين وألف، من هجرة من خلقه الله تعالى على أكمل وصف، صلى الله تعالى وسلم عليه وعلى آله الكرام، وأصحابه العظام، الذين نرجو باتباعهم حسن الختام.

ثبت المصادر والمراجع

ثبت المراجع المخطوطة

١ . الجهاد . شحاته محمد شحاته .

٢ . الشفعة . محمود محمد أبو سعده .

٣ . أركان البيع . فرج إبراهيم علوان

٤ . الخلافة الإسلامية . عبد الفتاح عبد الرحمن الجوهري .

٥ . القسم والنشوز . أحمد عبد القادر القاري .

٦ . الأنكحة الفاسدة . محمد الجزائري .

٧ . الخلع . محمود عمر الطويل .

٨ . الكفاءة في النكاح . عبد الجليل عوض .

٩ . أثر اختلاف الدين في الأحكام . بدران أبو العينين

١٠ . أحكام الرضاع . قاسم محمد العبد .

١١ . نفقة الزوجة والأقارب في الإسلام . محمد سالم أحمد .

١٢ . الخيارات في البيع . محمد عبد الرحمن منذور .

١٣ . أحكام الرضاع . محمد العدوي .

١٤ . حسن الصنيع في أحكام الطلاق والخلع .

١٥ . الصيام . مهيم توفيق عمار .

١٦ . المسح على الخفين . محمد سيد أحمد .

١٧ . المهر . منيغي السيد .

١٨ . الرهن الإسلامي . حسن مصطفى .

١٩ . العدة . عبد السلام الزنقلي .

٢٠ . القول المأثور في أحكام الخمور . حسين حسان حونه .

٢١ . الجمعة على مذهب الإمام مالك . عبد المجيد عبد الغفار .

٢٢ . نظام الحجر في الشريعة . سليمان رمضان عثمان

٢٣ . الولاية في النكاح . أحمد محمد فضل .

٢٤ . المواريث . وهبه إبراهيم المسلمي .

٢٥ . تعريف القياس . محمد أحمد سلامة

٢٦ . الإجارة . عبد الفتاح محمد عبد الرحيم

٢٧ . تعدد الزوجات . زكريا حسن مكاوي .

٣٨ ـ القصب ـ الحسيني يوسف الشيخ.

ثبت المراجع

التفسير

ـ تفسير الطبري: طبع بولاق.

ـ الدر المنثور للسيوطي. تصوير دار المعرفة.

ـ القرطبي: دار الكتب المصرية وأخرى بدار الكتب العلمية.

ـ أحكام القرآن لابن العربي. طبعة عيسى الحلبي.

ثبت الأحاديث والشروح

ـ فتح الباري شرح صحيح البخاري: تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ـ الطبعة السلفية.

صحيح مسلم: كتب دار إحياء الكتب العربية ـ عيسى البابي الحلبي وشركاه

ـ سنن أبي داود: تحقيق عزت عبيد الدعاس، وعادل السيد ـ حمص/ دار الحديث.

ـ الترمذي: تحقيق أحمد محمد شاكر. طبعة دار الحديث الأزهر/ القاهرة.

ـ سنن النسائي: طبعة عيسى الحلبي.

ـ عمل اليوم والليلة: تحقيق عبد القادر أحمد عطا بيروت/ دار المعرفة.

سنن ابن ماجه: تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ـ مطبعة عيسى البابي الحلبي/ القاهرة

ـ مسند الإمام أحمد: القاهرة ـ المطبعة الميمنية ـ ط ١.

ـ الدارمي: تحقيق محمد أحمد دهمان ـ مطبعة الاعتدال/ القاهرة.

ـ صحيح ابن خزيمة: تحقيق محمد مصطفى الأعظمي ـ بيروت/ المكتب الإسلامي

ـ الدارقطني: تحقيق عبد الله هاشم اليماني ـ دار المعرفة/ بيروت/ لبنان.

ـ أبو يعلى الموصلي: تحقيق حسين سليم أسد ـ دمشق/ دار المأمون للتراث.

ـ مستدرك الحاكم: دار المعرفة/ بيروت

ـ البيهقي: دار المعرفة/ بيروت/ لبنان

ـ دلائل النبوة لأبي نعيم: حيدر آباد الدكن/ الهند/ مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية.

ـ المصنف: تصحيح حبيب الرحمن الأعظمي ـ حيدر آباد/ الهند، نشر السيد علي يوسف.

ـ موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان. للهيثمي ـ تحقيق محمد عبد الرزاق حمزة/ القاهرة/ المكتبة السلفية ط ١.

ـ مسند أبي عوانة: تصحيح عبد الرحمن اليماني ـ بيروت/ دار المعرفة

ـ الفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعة. تحقيق عبد الرحمن بن يحيى المعلمي.

- اليماني - القاهرة/ مطبعة السنة المحمدية ١٣٧٩ هـ - ١ ج.
- مشكل الآثار - للطحاوي - حيدر آباد - الهند - مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية - ط ١.
- شرح معاني الآثار - للطحاوي: تحقيق محمد زهري النجار ومحمد سيد جاد الحق القاهرة/ مطبعة الأنوار المحمدية ط ١.
- منحة المعبود - للساعاتي: المطبعة المنيرية.
- سنن سعيد بن منصور: دار الكتب العلمية.
- الكنى والأسماء للدولابي: دار الكتب العلمية.
- حلية الأولياء: مطبعة السعادة.
- الزهد ويليه الرقائق: تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي/ بيروت/ دار الكتب العلمية.
- نصب الراية لأحاديث الهداية: الهند/ المجلس العلمي.
- علل الحديث للرازي: تحقيق محب الدين الخطيب/ بيروت/ دار المعرفة.
- العلل المتناهية في الأحاديث الواهية: تقديم وضبط خليل الميس/ بيروت / دار الكتب العلمية.
- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: تحقيق ونشر عبد الله هاشم اليماني المدني/ المدينة المنورة.
خلاصة البدر المنير - لابن الملقن: تحقيق حمدي عبد المجيد إسماعيل السلفي/ مكتبة الرشد/ الرياض.
- شرح السنة: تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود/ دار الكتب العلمية/ بيروت / لبنان.
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: وزارة عموم الأوقاف.
- فتح العلام - للشيخ زكريا الأنصاري: طبع دار الكتب العلمية.
- سبل السلام - للصنعاني: مطبعة مصطفى الحلبي.
- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار - للشوكاني: مطبعة مصطفى البابي الحلبي ط ٢/ القاهرة.
- المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة: تحقيق عبد الله محمد الصديق الغماري وعبد الوهاب عبد اللطيف - نشر الخانجي/ مطبعة دار الأدب العربي/ القاهرة/ ط ١.
- كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس: تصحيح أحمد القلاش - بيروت/ مؤسسة الرسالة - ط ٣.

فقه شافعي

- الأم - للإمام الشافعي/ مطبعة دار الشعب.
- حلية العلماء للشاشي: مكتبة الرسالة الحديثة.
- المجموع شرح المهذب - للنووي/ مطبعة الإمام/ مصر.
- روضة الطالبين. تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض/ دار الكتب العلمية/ بيروت
- فتاوى السبكي: تصوير دار المعرفة
- قليوبي وعميرة: مطبعة مصطفى الحلبي.
- حواشي التحفة: تصوير دار الفكر.
- الشرقاوي على التحرير: دار الكتب العربية الكبرى.
- الجمل على المنهج: مطبعة مصطفى محمد.

فقه حنفي

- المبسوط - للسرخسي: طبعة السعادة.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني/ مطبعة القاهرة، ومطبعة أخرى لدار الكتب العلمية/ بيروت.
- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق - للزيلعي/ المطبعة الأميرية.
- الاختيار لتعليل المختار - لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي/ دار الكتب العلمية
- شرح الوقاية: لصدر الشريعة/ مطبعة الموسوعات/ مصر
- شرح فتح القدير للكمال ابن الهمام/ مطبعة مصطفى الحلبي.
- درر الحكام في شرح غرر الأحكام - لملا خسرو/ مطبعة السعادة.
- الفتاوى الهندية: دار إحياء التراث العربي.

فقه مالكي

- المدونة الكبرى - للإمام مالك بن أنس/ دار المعرفة/ بيروت.
- الكافي - لابن عبد البر/ مكتبة الرياض الحديثة/ الرياض.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد - لابن رشد/ مطبعة الاستقامة.
- حاشية العلامة الدسوقي على الشرح الكبير - مطبعة عيسى الحلبي.
- الخرشي على مختصر خليل. تصوير دار الفكر.
- أسهل المدارك للكشناوي: المكتبة التجارية.

فقه حنبلي

- الإفصاح عن معاني الصحاح والمسمى بالإشراف على مذاهب الأشراف - لابن هبيرة/ المؤسسة السعيدية/ الرياض.
- كشف القناع عن متن الإقناع - للبهوتي: مطبعة الحكومة/ مكة.
- المغني لابن قدامة المقدسي/ مكتبة القاهرة.
- منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات - لابن النجار - دار الجيل للطباعة/ القاهرة.
- المبدع بشرح المقنع: طبعة المكتب الإسلامي.

الأصول

- البرهان من أصول الفقه - لإمام الحرمين: توزيع دار الأنصار - ط ١.
- المحصول في علم الأصول - للرازي: ط ١ / جامعة الإمام ودار الكتب العلمية.
- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول - للقرافي: ط ١.
- المستصفى - للغزالي: ط دار الكتب العلمية.
- جمع الجوامع - تاج الدين السبكي - طبعة الحلبي.
- نهاية السول - للإسنوي: عالم الكتب.
- كشف الأسرار شرح أصول البزدوي لعبد العزيز البخاري: دار الكتاب العربي.
- إرشاد الفحول - للشوكاني: ط ١ / مصطفى الحلبي.

ثبت التراجم

- الطالع السعيد: للأدفوي - مطبعة الجمالية - القاهرة ١٣٣٢هـ.
- عيون الأنباء في طبقات الأطباء: لابن أبي أصيبعة - مطبعة الوهبية - القاهرة ١٢٩٩ هـ.
- نزهة الألباء في طبقات الأدباء: لابن الأنباري - القاهرة ١٢٩٤ هـ.
- النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة: لابن تغري بردي - طبعة دار الكتب المصرية - القاهرة ١٩٢٩ - ١٩٥٦ م.
- يتيمة الدهر في محاسن أهل العصر: للثعالبي «أربعة أجزاء» تحقيق - محمد محيي الدين عبد الحميد القاهرة ١٩٤٧.
- كتاب الجرح والتعديل: لابن أبي حاتم - دائرة المعارف العثمانية - حيدر آباد ١٩٥٢ - ١٩٥٣ م.
- كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون: للحاج خليفة - مطبعة البهية استانبول ١٣٦٠ - ١٣٦٢ م.

- الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة: لابن حجر - دائرة المعارف العثمانية - حيدر آباد ١٣٤٨ هـ.
- تهذيب التهذيب: لابن حجر - دائرة المعارف العثمانية - حيدر آباد ١٣٢٥ هـ.
- تاريخ بغداد: للخطيب البغدادي - مطبعة السعادة - القاهرة ١٣٤٩ هـ.
- وفيات الأعيان: لابن خلكان - تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد - القاهرة ١٩٤٨ م.
- تذكرة الحفاظ: للذهبي - دائرة المعارف العثمانية - حيدر آباد ١٣٣٣ هـ.
- العبر في خبر من غبر «أربع مجلدات»: للذهبي - تحقيق فؤاد سيد وصلاح الدين المنجد - الكويت ١٩٦١ - ١٩٦٣ م.
- طبقات النحاة واللغويين: للزبيدي - مكتبة الخانجي - مصر ١٩٥٤ م.
- طبقات الشافعية الكبرى: للسبكي - تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو ومحمود محمد الطناحي «الطبعة الثانية» مجلدان - مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه - القاهرة ١٩٦٤ م، وطبعة أخرى لمطبعة السعادة.
- الضوء اللامع لأهل القرن التاسع: للسخاوي شمس الدين - مطبعة القدسي القاهرة ١٣٥٣ - ١٣٥٥ هـ.
- حسن المحاضرة في أخبار مصر والقاهرة: للسيوطي - مطبعة الموسوعات القاهرة ١٣٢١ هـ.
- نظم العقيان في أعيان الأعيان: للسيوطي - نشر الدكتور فيليب حتي نيويورك ١٩٢٧ م.
- البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع: للشوكاني - القاهرة ١٣٤٨ هـ.
- طبقات الفقهاء: لأبي إسحاق الشيرازي - بغداد ١٣٥٦ هـ.
- طبقات الفقهاء: لابن السبكي/ طبعة الحلبي.
- طبقات الفقهاء: للعبادي - مطبعة بريل، لايدن ١٩٦٤ م.
- طبقات الفقهاء: لابن قاضي شهبة: عالم الكتب.
- شذرات الذهب في أخبار من ذهب: لابن العماد - مكتبة القدسي - القاهرة ١٣٥٠ هـ.
- طبقات الفقهاء للإسنوي: دار الكتب العلمية / بيروت.
- البداية والنهاية: لابن كثير - القاهرة ١٣٥١ هـ.
- الفوائد البهية في تراجم الحنفية: لعبد الحي الكنوي - مطبعة السعادة - مصر ١٣٢٤ هـ.
- الإكمال في رفع الارتياب عن المؤتلف والمختلف من الأسماء والكنى والأنساب: لابن ماكولا - دائرة المعارف العثمانية - حيدر آباد ١٩٦٢ م.
- المواعظ والاعتبار في ذكر الخطط والآثار: للمقريزي - القاهرة ١٩١٠ م.
- الدارس في تاريخ المدارس: للنعيمي - تحقيق جعفر الحسني - دمشق ١٣٦٧ هـ، ١٣٧٠ هـ.

ـ طبقات الأصوليين للمراغي: طبعة أولى/ القاهرة.

ـ مرآة الجنان وعبرة اليقظان: لليافعي ـ دائرة المعارف ـ حيدر آباد ١٣٣٧ هـ ـ ١٣٣٩ هـ.

ـ الجواهر المضية ـ لعبد القادر: طبعة عيسى البابي الحلبي.

ـ الشقائق النعمانية ـ لطاشكبري زاده: دار الكتاب العربي.

ـ ديوان الإسلام: دار الكتب العلمية.

الفهرس

كتاب الدعوى

كتاب الإقرار

كتاب الصلح

كتاب المضاربة

كتاب الإيداع

كتاب العارية

كتاب الهبة